Die einseitige Fristbestimmung,

in ihren Voraussetzungen, ihrer Beschaffenheit und in ihren Wirkungen, insbesondere in den Fällen der §§ 250, 283, 326 und 634 BGB.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Wilhelm Wigginghaus

aus Hagen (Westf.)

Referendar am kgl. Oberlandesgericht zu Hamm.

Approbiert am 23. Juni 1911.

Iserlohn.

Buchdruckerei C. Klingner & Co.

1911.

108

Die einseitige Fristbestimmung,

in ihren Voraussetzungen, ihrer Beschaffenheit und in ihren Wirkungen, insbesondere in den Fällen der §§ 250, 283, 326 und 634 BGB.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Wilhelm Wigginghaus

aus Hagen (Westf.)

Referendar am kgl. Oberlandesgericht zu Hamm.

Approbiert am 23. Juni 1911.

Iserlohn.

Buchdruckerei C. Klingner & Co

1911.

Referent: Professor Dr. Oertmann.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543503_0101

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung. Allgemeines über die einseitige Fristbestimmung 1

I. Teil.

Die Voraussetzungen der einseitigen Fristbestimmung.

§ 2. Voraussetzungen für ihre Anwendung in § 250 BGB.
1. Allgemeines 7
2. Verpflichtung des Schuldners zur Herstellung . 10

§ 3. Voraussetzungen für ihre Anwendung in § 283 BGB.
Rechtskräftige Verurteilung des Schuldners . . . 12

§ 4. Voraussetzungen für ihre Anwendung in § 326 BGB.
1. Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages . . . 14
2. Verzug des Schuldners mit der Leistung . . . 16

§ 5. Voraussetzungen für ihre Anwendung in § 634 BGB.
Anspruch des Bestellers auf Mängelbeseitigung . . 29

II. Teil.

Die Beschaffenheit der einseitigen Fristbestimmung.

§ 6. Ihrer Form nach 35

§ 7. Ihrem Inhalte nach:
1. Androhung eines bestimmten Rechtsnachteils . . 36
2. Unzulässigkeit einer Bedingung 38
3. Angemessenheit der Fristbestimmung 41
4. Bestimmtheit der Fristbestimmung 43
5. Bedeutung einer zu kurzen Fristbestimmung . . 47
6. Bedeutung einer zu langen Fristbestimmung . . 51

III. Teil.

Die Wirkungen der einseitigen Fristbestimmung.

§ 8. Die Wirkungen in § 250 BGB.
1. Der Anspruch auf Herstellung ist ausgeschlossen. Ersatz in Geld 53
2. Die Beweislast 58
§ 9. Die Wirkungen in § 283 BGB.
1. Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Schadensersatz wegen Nichterfüllung 58
2. Die Beweislast 62
§ 10. Die Wirkungen in § 326 BGB.
1. Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt vom Vertrage 63
2. Die Beweislast 72
§ 11. Die Wirkungen in § 634 BGB.
1. Der Anspruch auf Beseitigung des Mangels ist ausgeschlossen. Rückgängigmachung des Vertrages (Wandelung) oder Herabsetzung der Vergütung (Minderung) 73
2. Die Beweislast 80
§ 12. Schluß 80

Literatur-Verzeichnis.

1. **Archiv** für bürgerliches Recht, Band 33, Heft 2, Berlin 1909.
2. **Archiv** für die civilistische Praxis, Bd. 92, neue Folge Bd. 42.
3. **Cosack:** Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, Allgemeine Lehren und Recht der Forderungen, 5. Aufl., Jena 1910.
4. **Crome:** System des deutschen bürgerlichen Rechtes, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse 1., 2. Hälfte, Tübingen und Leipzig 1902.
5. **Denkschrift** zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches.
6. **Dernburg:** Das bürgerliche Recht, Bd. I, Allgemeiner Teil, Halle 1902, Bd. II. Schuldverhältnisse, 1. Abteilung, Allgemeine Lehren, Halle 1899, 2. Abteilung, Einzelne Obligationen, Halle 1901.
7. **Deutsche Juristen-Zeitung** 1897, 1901, 1902, 1908.
8. **Eck:** Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, fortgeführt von **Leonhard,** Bd. I, 1. und 2. Aufl., Berlin 1903.
9. **Endemann:** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Einleitung, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse, 6. Aufl., Berlin 1899.
10. **Enneccerus-Lehmann:** Das bürgerliche Recht, Bd. I, Einleitung, Allgemeiner Teil, Schuldverhältnisse, Marburg 1901.
11. **Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen:** Bd. 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 61, 62, 63, 65, 66, 68, 71, 73, (cit. RGE.).

12. **Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts:** Bd. 3, 5, 6, 8, 9, 10, 12, 13.
13. **Fischer:** Der Schaden, Jena 1903.
14. **Fischer-Henle:** Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe mit Einleitung, erläuternden Anmerkungen und Sachregister, München 1899.
15. **Goldmann** und **Lilienthal:** Das bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., Berlin 1903.
16. **Hachenburg:** Das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich, Vorträge, gehalten in den Jahren 1896/1897, Mannheim 1900.
17. **Haidlen:** Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten, Bd. I, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse, Stuttgart 1897.
18. **Juristische Monatsschrift** für Posen, West- und Ostpreußen, 5. Jahrg. 1902, Nr. 3.
19. **Juristische Wochenschrift:** 1900, 1902, 1903, 1904, 1905, 1907, 1908, 1909.
20. **Kaufmann:** Kommentar und Institutionen des bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II, Allgemeiner Teil der Schuldverhältnisse, Bonn 1901.
21. **Kisch:** Die Wirkungen der nachträglich eingetretenen Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, Jena 1900.
22. **Krahmer:** Gegenseitige Verträge, Studien zur Systematik des Reichsrechts, Halle a. S. 1904.
23. **Kuhlenbeck:** a) Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Teil, Berlin 1899.
    b) Das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. I, Berlin 1899.
24. **Kuttner:** Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Civilurteile, München 1908.
25. **Langheineken:** Anspruch und Einrede, Leipzig 1903.
26. **Leipziger Zeitschrift** für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht: 1907, 1908.
27. **Monatsschrift** für Handelsrecht und Bankwesen: 1907, 1908.

28. **Motive** zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., 1896.
29. **Müller von:** Einseitige Fristbestimmungen zur Vornahme einer Handlung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, Göttingen 1902, (Dissert.).
30. **Neumann:** Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, 5. Aufl, Berlin 1909.
31. **Oertmann:** a) Recht der Schuldverhältnisse, 3./4. Aufl., Berlin 1910.
b) Die Vorteilsausgleichung im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, 1901.
32. **Paech:** Der Leistungsverzug, Berlin 1902.
33. **Pescatore:** Die Wahlschuldverhältnisse, München 1905.
34. **Planck:** Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. II., Recht der Schuldverhältnisse, 3. Aufl., Berlin 1907.
35. **Protokolle** zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, 1897 und Bd. II, 1898.
36. **„Recht“:** 1901, 1902, 1906, 1907, 1909.
37. **Rechtsprechung** der Oberlandesgerichte: Bd. 6, 1903; Bd. 8, 1904; Bd. 12, 1906.
38. **Regelsberger:** Pandekten, Bd. I.
39. **Rehbein:** Das bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen, Bd. II, Berlin 1902.
40. **Romeick:** Zur Technik des bürgerlichen Gesetzbuches, Heft I, Fristbestimmung, Stuttgart 1901.
41. **Sänger:** Der Verzug beim Kaufe, Berlin 1902.
42. **Schneider:** Einseitige Fristfestsetzungen im bürgerlichen Gesetzbuche, Rostock 1903, (Dissert.).
43. **Schollmeyer:** Recht der Schuldverhältnisse, München 1900.
44. **Sebald:** Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Bd. I, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse, Sachenrecht, Nürnberg und Leipzig 1910.
45. **Seufferts Archiv** für Entscheidungen der obersten Gerichte, Bd. 57, dritte Folge 2. Bd, München und Berlin 1902.
46. **Staub:** Kommentar zum Handelsgesetzbuche, Bd. II, 8. Aufl., Berlin 1907.

47. **Staudinger:** Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche, 5./6. Aufl., München und Berlin 1910; Bd. II, Lieferung 1, 2 und 4.

48. **Titze:** Unmöglichkeit der Leistung, Leipzig 1900.

49. **Zeitschrift für Rechtspflege** in Bayern: 1907, 3. Jahrg., Nr. 7.

50. **Zitelmann:** Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, I. Allgemeiner Teil, Leipzig 1900.

§ 1.

Einleitung.

Allgemeines über die einseitige Fristbestimmung.

Unter dem Rechtsbegriffe der Frist im weitesten Sinne versteht man jeden rechtlich bedeutsamen Zeitraum.[1])

Je nach der Bedeutung, die ein Zeitraum in Verbindung mit rechtlichen Verhältnissen annehmen kann, ergeben sich naturgemäß innerhalb des Begriffes der Frist entsprechende Unterscheidungen.[2])

So gibt es beispielsweise Zeiträume, die insofern von rechtlicher Bedeutung sind, als innerhalb derselben eine Handlung vorzunehmen ist, wenn nicht gewisse nachteilige Folgen eintreten sollen.

Man kann demzufolge die Frist im engeren Sinne auch definieren als einen Zeitraum, innerhalb dessen eine Person eine Handlung vornehmen muß, sofern

---

[1]) vgl. Fischer-Henle Note* vor § 186, S. 93; ferner Regelsberger Pandekten I, § 124, S. 453.

[2]) vgl. v. Müller S. 1.

sie gewissen ungünstigen Rechtsfolgen zu entgehen wünscht.[1])

Die Fristen zur Vornahme einer Handlung kann man nun in mehrere Kategorien einteilen, wenn man auf die Faktoren zurückgreift, die geeignet sind, die Rechtswirkungen hervorzurufen, welche mit dem Setzen einer Frist zur Vornahme einer Handlung verbunden sind. Da ist in erster Linie die Rechtsordnung selbst zu nennen, in zweiter Linie sodann und zwar kraft Sanktion der Rechtsordnung der Richterspruch und der Parteiwille. Dieser letztere kann seinerseits wieder zum Ausdruck gebracht werden, entweder in Form der übereinstimmenden Willenserklärungen beider Parteien oder aber der Willenserklärung nur einer Partei. Im ersteren Falle spricht man von einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte (Vertrag), im letzteren von einem einseitigen Rechtsgeschäfte.

Demnach sind bezüglich der Fristen zur Vornahme einer Handlung zu unterscheiden:

1. gesetzliche,
2. richterliche und
3. rechtsgeschäftliche Fristen.

In Übereinstimmung hiermit kennt auch das bürgerliche Gesetzbuch die genannte Dreiteilung.

---

[1]) vgl. Dernburg Pandekten I, § 88, S. 208: „Ist für die Vornahme einer Handlung ein Zeitraum festgestellt, so liegt eine Frist vor"; ferner Staudinger I. B., zu § 186, Ziff. 3, wo es heißt: „Der Ausdruck „Frist" bezieht sich im engeren Sinne auf einen Zeitraum, innerhalb dessen eine Handlung vorgenommen, insbesondere ein Recht ausgeübt oder eine Willenserklärung abgegeben werden soll".

vgl. auch Endemann I. B., § 59, S. 251; Heidlen I. B., zu § 186, S. 223.

In den §§ 186 ff. ist nämlich von den in Gesetzen, gerichtlichen Verfügungen und Rechtsgeschäften enthaltenen Fristbestimmungen die Rede.[1]) Es sei im Gegensatze zu der Einteilung der Fristen, wie sie das bürgerliche Gesetzbuch kennt, an dieser Stelle hervorgehoben, daß man früher vor dem Inkrafttreten des BGB., abgesehen von den gesetzlichen und richterlichen Fristen von vertragsmäßigen anstatt rechtsgeschäftlichen sprach.[2]) Das bürgerliche Gesetzbuch geht also weiter, weil nach ihm unter dem Ausdrucke rechtsgeschäftliche Fristen auch solche zu verstehen sind, die auf Grund der Willenserklärung nur einer Partei, in Form eines einseitigen Rechtsgeschäftes gesetzt werden. Derartige Fristen waren dem früheren Rechte unbekannt. Erst der Entwurf I zum bürgerlichen Gesetzbuche befaßte sich mit dem Rechtsgedanken der einseitigen Fristbestimmung und erkannte ihre Möglichkeit in einer Reihe von Fällen an.[3]) In dem Entwurfe II zum bürgerlichen Gesetzbuche wurden den genannten neue Fälle hinzugefügt.[4]) Im bürgerlichen Gesetzbuche endlich selbst wurde

---

[1]) vgl. hinsichtlich gesetzlicher Fristen die §§ 108 Abs. 2, 177 Abs. 2, 1128 Abs. 1 S. 1, 1234, 1396 Abs. 2 u. a., hinsichtlich richterlicher Fristen die §§ 1052, 1994 Abs. 1, 2198 Abs. 2, u. a. mehr des BGB.

[2]) vgl. hierzu v. Müller S. 2 und die dort unter Anmerkung 1 genannte ausführliche Literaturangabe.

[3]) vgl. die §§ 210 (jetzt 264 Abs. 2 BGB.), 243 (jetzt 283 BGB.), 315 (jetzt 415 BGB.), 569 Abs. 1 (jetzt 634 Abs. 1 BGB.), 1073 (jetzt 1133 BGB.), 1258 Abs. 2, S. 2 (jetzt 1347 BGB.).

[4]) vgl. die §§ 250, 326 Abs. 1, 466, 516 Abs. 2, 910, 1003, 1220 Abs. 1, 2307.

das Institut des einseitigen Fristbestimmungsverfahrens in noch erhöhterem Umfange zur Geltung gebracht, sodaß es nunmehr in den §§ 148, 250, 264 Abs. 2, 283 Abs. 1, 326 Abs. 1, 354, 355, 415 Abs. 2, 466, 496, 516 Abs. 2, 527 Abs. 1, 542 Abs. 1, 634 Abs. 1, 636 Abs. 1, 643, 658 Abs. 2, 910 Abs. 1, 974, 1003, 1056 Abs. 3, 1133, 1220 Abs. 1, 1347 Abs. 2, 2193 Abs. 2, 2307 Abs. 2 vorkommt.

Aus dieser Fülle von Paragraphen geht hervor, daß das bürgerliche Gesetzbuch dem Rechtsinstitute der einseitigen Fristbestimmung eine große Bedeutung beilegt. Das nicht zu Unrecht, denn durch die Fristbestimmung wird in ganz erheblicher Weise in die Rechtssphäre desjenigen, dem sie gesetzt wird, eingegriffen. Er wird in seiner rechtlichen Freiheit insofern arg beschränkt, als seine bisher unbefristete Möglichkeit zum Handeln durch die Fristbestimmung zu einer befristeten geworden ist. Eine eingehende spezielle gesetzliche Regelung in dieser Hinsicht ist daher sehr wohl angebracht.

Der Zweck der einseitigen Fristbestimmung ist, eine Vereinfachung und Klärung der Verhältnisse unter den Parteien herbeizuführen. Verhält sich z. B. die eine Partei hinsichtlich der Bewirkung einer Leistung gänzlich untätig oder auch nur unentschieden, dann kommt die andere Partei in eine sehr unzuträgliche Lage, da sie nicht weiß, wann und ob überhaupt der Gegner seine Haltung ändern und die Leistung bewirken wird. Zur Vermeidung der aus dieser subjektiven Ungewißheit notwendigerweise entstehenden wirtschaftlichen Gefahr, schafft hier die rechtswirksame Aufforderung an den Gegner, binnen

bestimmter Zeit bei Vermeidung gewisser Nachteile zu handeln, die Leistung zu bewirken, Abhülfe.[1])

Die einseitige Fristbestimmung im bürgerlichen Gesetzbuche enthält nun entweder eine Aufforderung zu einer Erklärung, so in den §§ 264 Abs. 2 (zur Vornahme der Wahl), 355 (für die Ausübung des Rücktrittsrechtes), 415 Abs. 2 (zur Erklärung über die Genehmigung der zwischen dem dritten und dem Schuldner vereinbarten Schuldübernahme), 466 (zur Erklärung, ob der Käufer Wandelung verlange), 496 (zur Erklärung der Billigung eines auf Probe oder auf Besicht gekauften Gegenstandes), 516 (zur Erklärung über die Annahme der Schenkung), 974 (zur Erklärung über die dem Finder nach den §§ 970—972 zustehenden Ansprüche), 1003 (zur Erklärung, ob er — der Eigentümer — die Verwendungen des Besitzers genehmige), 1056 Abs. 3 (zur Erklärung, ob er — der Eigentümer — von dem Kündigungsrechte Gebrauch mache), 1347 (zur Erklärung, ob er — der andere Ehegatte — von dem Rechte des § 1345 Abs. 1 Gebrauch mache), 2307 Abs. 2 (zur Erklärung über die Annahme des Vermächtnisses) — oder aber die Frist wird gesetzt zur Bewirkung einer Leistung, so in den §§ 250 (zur Herstellung), 283, 326 (zur Bewirkung der Leistung), 354 (zur Rückgewähr), 542

---

[1]) vgl. hierzu Planck Bd. II, zu § 250, Ziff. 1, S. 23; Oertmann zu § 250, Ziff. 4, S. 5; Hachenburg S. 306 ff.; insbesondere auch Romeick S. 5: „Diese vom BGB. normierte Verwertung des Zeitmomentes zielt auf billige Ausgleichung des Interesses beider Teile an der Auslösung in's Ungewisse gespannter, auf's Ungewisse schwebender Zustände — an Stabilierung schweifender Möglichkeiten zu fester Wirklichkeit".

(zur Abhilfe), 634 (zur Beseitigung eines Mangels der in § 633 bezeichneten Art), 643 (zur Nachholung der Handlung), 910 (zur Beseitigung von herüberragenden Zweigen), 1133 (zur Beseitigung der Gefährdung), 1220 (zur Leistung anderweitiger Sicherheit), 2193 Abs. 2 (zur Vollziehung der Auflage).[1])

Näher eingegangen werden soll im folgenden nur auf die Fristbestimmung in den Fällen der §§ 250, 283, 326 und 634 BGB., und zwar soll hierbei geprüft werden, welches die Voraussetzungen für die Anwendung der zu setzenden Frist sind, sodann wie die Frist beschaffen sein muß, um rechtliche Wirkungen zu erzeugen, sodann endlich welches diese Wirkungen sind.

---

[1]) vgl. auch Romeick S. 19, 20.

I. Teil.

Die Voraussetzungen der einseitigen Fristbestimmung.

§ 2.

Voraussetzungen für ihre Anwendung in § 250 BGB.

1. Allgemeines.

Der § 250 BGB. gehört zu den Vorschriften, die in zusammenfassender Weise die Art der Schadensersatzleistung im allgemeinen regeln und stets zur Anwendung kommen, soweit nicht für einzelne Fälle besondere Vorschriften gegeben sind.[1]) Dagegen sind über die Entstehung der Verpflichtung zum Schadensersatze, und das sei hier vorweggenommen, keine zusammenfassende einheitliche Bestimmungen im BGB. getroffen worden.

Nach allgemeinem Grundsatze ist zum Schadensersatze nur derjenige verpflichtet, der den Schaden eines anderen verschuldet, d. h. den schädigenden Erfolg durch ein schuldhaftes Verhalten verursacht hat.[2])

In Betracht kommt Verschulden innerhalb und außerhalb eines bestehenden Vertragsverhältnisses

---

[1]) vgl. z. B. die §§ 557, 597, 843, 845 BGB.

[2]) vgl. die Einzelheiten über den Begriff des Verschuldens bei Oertmann zu § 276 BGB., S. 105 ff.

und dementsprechend handelt es sich um Haftung für Vertragsschaden oder außerkontraktlichen Schaden. Abgesehen von den Fällen, wo durch ein schuldhaftes Verhalten ein Schaden herbeigeführt ist, kennt jedoch das BGB. auch solche Fälle, wo schon die bloße Veranlassung des Schadens ersatzpflichtig macht. Dahin gehört z. B. die Haftung für das negative Vertragsinteresse im Falle des § 122 BGB., ferner der Anspruch des Grundeigentümers auf Schadensersatz in den Fällen, in denen ihm das Recht, Angriffe auf sein Eigentum abzuwehren, entzogen ist.[1])

In anderen Fällen endlich ist die Haftbarkeit sogar vorgesehen für einen Schaden, den der Ersatzpflichtige gar nicht einmal verursacht oder veranlaßt hat. Es genügt vielmehr das Vorliegen eines gewissen Tatbestandes. Dieser verpflichtet an und für sich zum Schadensersatze. Dahin gehört die Haftung des Tierhalters (§ 833 BGB.), des Grundstücksbesitzers nach § 836 BGB., die Haftung für Hülfspersonen im Sinne des § 278 BGB.

In allen diesen Fällen nun, wo eine Verpflichtung zum Schadensersatze besteht, hat der Ersatzpflichtige grundsätzlich den Zustand herzustellen, der zur Zeit bestände, wenn das zum Schadensersatze verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre (§ 249 S. 1 BGB.). Entschädigung in Geld ist erst zu leisten, wenn und soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist (§ 251 Abs. 1 BGB.). Diese Grundsätze werden jedoch in Rücksichtnahme auf die Verhältnisse sowohl des Geschädigten wie auch des Ersatzpflichtigen

[1]) vgl. RGE., Bd. 58, S. 134, Bd. 63, S. 376.

nach verschiedenen Richtungen hin durchbrochen. Die Herstellung des früheren Zustandes ist zwar an sich die dem Interesse des Verletzten am meisten entsprechende Art der Ersatzleistung, namentlich dann, wenn der Schaden in der Entziehung einer Sache oder in einer nachteiligen Rechtsänderung besteht. Ist jedoch wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Ersatz zu leisten, so kann dem Geschädigten billigerweise nicht zugemutet werden, zum Zwecke der Herstellung eine in ihrem Erfolge oft zweifelhafte Einwirkung auf seine Person oder auf die Sache dem Ersatzpflichtigen zu gestatten. Sodann entspricht im Falle der Beschädigung einer Sache die Beschaffung einer neuen Sache unter Umständen dem Interesse des Geschädigten besser, als deren Herstellung. Das Gesetz gestattet daher in den bezeichneten Fällen des § 249 S. 2 BGB. dem Geschädigten wahlweise, statt der Herstellung den Geldbetrag zu verlangen, den er — der Geschädigte — für die Herstellung aufwenden müßte. Dieses dem Gläubiger in § 249 S. 2 BGB. gewährte Recht ist nicht identisch mit dem in den §§ 250 S. 2, 251, 253 BGB. behandelten Anspruche auf Schadensersatz, vielmehr ist es gleichfalls ein Anspruch auf Herstellung, wenngleich in der Form, daß der zum Schadensersatz Verpflichtete, wie schon erwähnt, den Geldbetrag zu bewirken hat, den der Beschädigte und nicht er selbst für die Herstellungszwecke benötigt.[1])

[1]) vgl. hierzu Staudinger zu § 249 BGB., Ziff. 3, S. 56 und die dort angegebene RGE. in „Jur. Wochenschrift", 1909, S. 454, Ziff. 7; ferner Oertmann zu § 249, Ziff. 3, a, S. 43; Planck zu § 249, Ziff. 3, S. 23; RGE., Bd. 71, S. 64 ff.

Das dem Gläubiger in § 249 S. 2 BGB. zugebilligte Wahlrecht wird ausgeübt durch Erklärung gegenüber dem Schuldner. An diese Erklärung ist dann der Berechtigte gebunden.[1])

2. Verpflichtung des Schuldners zur Herstellung.

In allen Fällen nun, in denen der Gläubiger die Herstellung des früheren Zustandes fordert, sei es, daß er es nicht anders darf, sei es, daß er das Wahlrecht nach § 249 S. 2 BGB. im Sinne der Herstellung ausübt, ist dem Gläubiger zugleich die Möglichkeit verliehen, dem Schuldner zur Herstellung eine Frist zu setzen, entsprechend dem der Fristbestimmung zu Grunde liegenden Gedanken, möglichst bald aus der Ungewißheit über den weiteren Verlauf der Sache herauszukommen.[2])

Das Recht der Fristbestimmung steht dagegen dem Schuldner nicht zu, um den Gläubiger zu einer Erklärung über die ihm in § 249 S. 2 BGB. gewährten Rechte zu veranlassen.[3])

---

[1]) Gl. Ansicht Oertmann zu § 249, Ziff. 3, a, S. 43. A. Ansicht Staudinger zu § 249, Ziff. 5, S. 57, der das entscheidende Moment in der Annahme der Erklärung, daß Herstellung oder Zahlung der Herstellungskosten verlangt werden, seitens des Schuldners erblickt. Solange die Annahme nicht vorliege, könne jederzeit der Gläubiger von der getroffenen Wahl wieder abgehen.

Einen vermittelnden Standpunkt nimmt Schollmeyer ein (vgl. zu § 250, Ziff. 1, S. 29).

[2]) vgl. Oertmann zu § 250, Ziff. 2, S. 44; Staudinger zu § 250, Ziff. 1, S. 59; Goldmann und Lilienthal in § 75, Ziff. 4, c, S. 300.

[3]) vgl. Oertmann zu § 250, Ziff. 2, S. 44; Staudinger zu § 250, Ziff. 1, S. 59.

Was ist nun unter Herstellung im engeren Sinne zu verstehen?

Wie schon hervorgehoben, hat der Verpflichtete regelmäßig den Zustand herzustellen, der zur Zeit bestehen würde, wenn das zu vertretende Ereignis nicht vorgefallen wäre; d. h. mit anderen Worten, der Verpflichtete hat den Gläubiger wirtschaftlich in diejenige Lage zu bringen, in der dieser sich nunmehr befinden würde, falls er in seiner früheren Lage nicht die Verschlimmerung erfahren hätte.[1])

Der Schadensersatzberechtigte kann mithin unter Umständen auch etwas fordern, was vorher noch nicht dagewesen ist, falls er es nur ohne den störenden Eingriff des Schädigers erlangt haben würde.[2])

Das Gesetz spricht deshalb auch nicht von Wiederherstellung des Zustandes sondern nur von Herstellung (§ 250 BGB.).[3])

Der Fristbestimmung bedarf es nicht, wenn die Herstellung in natura für den Gläubiger kein Interesse hat, wenngleich dies im Gesetze nicht besonders zum Ausdruck gebracht ist.[4])

Der Gläubiger hat in diesem Falle seine Interesselosigkeit an der Naturalherstellung zu beweisen, falls er nicht ausnahmsweise ein Wahlrecht zwischen Na-

---

[1]) vgl. hierzu Oertmann zu § 249, Ziff. 2, b, S. 41; Staudinger zu § 249, Ziff. 3, S. 56.

[2]) Schollmeyer zu § 249, Ziff. 2, S. 27; vgl. auch RGE. vom 27. 3. 06, III, S. 534/05: „Es ist die wirtschaftliche Lage des Ersatzpflichtigen zu vergleichen, wie sie sich bei pflichtgemäßem Verhalten des Schädigers gestaltet haben würde und wie sie sich nach der schädlichen Handlung gestaltet hat."

[3]) vgl. Oertmann zu § 249, Ziff. 2, S. 41/42.

[4]) vgl. Crome in § 151, Ziff. 2, c, S. 68, Anm. 10.

turalherstellung und Geldentschädigung (§ 249 S. 2 BGB.) besitzt.

§ 3.
Voraussetzungen für ihre Anwendung in § 283 BGB.

Rechtskräftige Verurteilung des Schuldners.

Voraussetzung für die Anwendung der Fristbestimmung in dem § 283 BGB ist, daß der Schuldner zur Leistung verurteilt ist und zwar muß ein Urteil in rechtskräftiger Form vorliegen (vgl. §§ 705, 706 CPO.). Ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil genügt dagegen nicht.[1])

Es ist anderseits aber auch nicht erforderlich, daß das mit dem Rechtskraftattest versehene Urteil auch bereits die Vollstreckungsklausel erhielt.[2])

Daß die Zwangsvollstreckung versucht und fruchtlos verlaufen ist, ist demnach ebenfalls nicht Vorbedingung für das dem Gläubiger gewährte Recht der Fristbestimmung.

Die Anwendung der Fristbestimmung ist dagegen ausgeschlossen, wenn der Schuldner die Leistung durch einen nach § 794 Nr. 1 und 2 CPO. vollstreckbaren Vergleich übernommen hat.[3])

---

[1]) vgl. Staudinger zu § 283, Ziff. 2, a, S. 167; Schollmeyer zu § 283, Ziff. 2, a, S. 118; Crome B. II, Anm. 16 zu Ziff. 1, S. 130; Goldmann und Lilienthal zu § 85, Anm. 39 zu VI, S. 339; Neumann zu § 283, Anm. 1, S. 277; Kaufmann zu § 283 unter II, 4, I, 1, S. 106

[2]) vgl. Schollmeyer zu § 283, Ziff. 2, a, S. 118.

[3]) So zustimmend Goldmann und Lilienthal in § 85, VI, Anm. 59, S. 339. Gl. Ansicht auch Staudinger zu § 283, Ziff. 2, a, S. 167: „Die Frage, ob § 283 BGB. auch ent-

Die Fristbestimmung kann auch schon im Urteile vollzogen werden, das auf Grund der Klage auf Leistung ergeht. Dies folgt aus der Bestimmung des § 255 CPO., die lautet: „Hat der Kläger für den Fall, daß der Beklagte nicht vor dem Ablaufe einer ihm zu bestimmenden Frist den erhobenen Anspruch befriedigt, das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern — vgl. § 283 BGB. —, so kann er verlangen, daß die Frist im Urteile bestimmt werde." Die Frist beginnt dann mit der Rechtskraft des Urteils zu laufen.[1])

---

sprechende Anwendung findet, wenn der Schuldner die Leistung durch einen nach § 794 Nr. 1, 2 CPO. vollstreckbaren Vergleich übernommen hat, dürfte zu verneinen sein. Zwar sagt l. 20. Cod. 2, 4: non minorem auctoritatem transactionum quam rerum indicatarum esse. Allein diese Gleichstellung des Vergleichs mit einem rechtskräftigen Urteile ist keine unbedingte in dem Sinne, daß dem Vergleich ohne weiteres alle Rechtswirkungen beizulegen wären, die dem rechtskräftigen Urteile zukommen. Die Vollstreckbarkeit eines gerichtlichen Vergleichs beruht daher auf ausdrücklicher Anerkennung des Gesetzgebers durch CPO. § 794. Auch das BGB. hat überall, wo dem vollstreckbaren Vergleiche dieselben Rechtswirkungen zugebilligt sind, wie rechtskräftigen Urteilen, dies ausdrücklich betont (vgl. § 218 Abs. 1, S. 2 BGB.). Eine Ausdehnung der durch § 283 BGB. geschaffenen Fristbestimmung auf gerichtliche Vergleiche erscheint bedenklich. Weil beim Urteil die Leistungspflicht durch den Richter unabhängig vom Parteiwillen bestimmt wird, während bei einem Vergleiche die Leistungspflicht ihren Grund lediglich im Parteiwillen hat, ist die für eine analoge Ausdehnung erforderliche Identität der ratio legis nicht anzunehmen."

[1]) vgl. Goldmann und Lilienthal in § 85, Anm. 44, S 340; Hachenburg S. 308; Schollmeyer zu § 283, Ziff. 2, b, S. 118; Planck zu § 283, Ziff. 5, S. 89; Crome in § 159, Ziff. 1, Anm. 18, S. 130.

§ 4.
Voraussetzungen für ihre Anwendung in § 326 BGB.

1. Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages.

Das Gegenstück zum § 283 BGB. in mehr als einer Beziehung bietet der § 326 BGB. Er ist zugleich derjenige, dem im Rechtssystem des Gesetzbuches die größte Bedeutung zuzusprechen ist. Die Frist kann nach § 326 gesetzt werden, wenn in einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge ist. Ein rechtskräftiges Urteil braucht nicht erst erwirkt zu werden. Es wird also zunächst ein gegenseitiger Vertrag verlangt. Die Eigentümlichkeit der gegenseitigen Verträge besteht darin, daß jeder Teil notwendig schon kraft des Schuldverhältnisses sowohl berechtigt wie verpflichtet ist, mithin zu gleicher Zeit Gläubiger und Schuldner ist, und daß die beiderseits versprochenen Leistungen gegeneinander ausgetauscht werden, so z. B. beim Kauf Preis und Sache, beim Dienstvertrage

---

Es sei an dieser Stelle hervorgehoben, daß bezüglich der Frage, ob der § 255 CPO. auch in § 250 BGB. in Anwendung gebracht werden könne, bestritten ist.

Dafür sind u. a. Oertmann zu § 250, Anm. 6, S. 46; Staudinger zu § 250, Ziff. 8, S. 60; Planck zu § 250, Ziff. 4, S. 26; Rehbein zu § 250, Note 49, S. 58; Kaufmann zu § 250 unter II, 2, b, S. 41.

vgl. auch Crome II. B., S. 70, der jedoch in Anmerk. 11 daselbst die Möglichkeit der Anwendung als durchaus strittig bezeichnet.

A. Ansicht ist Schollmeyer zu § 250, Ziff. 3, S. 30, der die Anwendung des § 255 CPO. in § 250 BGB. ablehnt.

Dienste und Vergütung, und daß mithin jede Leistung ein Äquivalent der anderen bildet.[1])

Danach liegt ein gegenseitiger Vertrag niemals vor, wenn nach dem Schuldverhältnisse an und für sich nur eine Partei berechtigt, die andere dagegen nur verpflichtet ist, wie z. B. bei einem Schenkungsversprechen. Hieran wird auch nichts geändert, wenn infolge Hinzutritts weiterer Vorgänge neben der durch den Vertrag bezweckten Verpflichtung des einen Teils unter Umständen auch eine Verpflichtung der anderen Partei aus dem nämlichen Verhältnisse begründet werden kann. Denn auch in diesen Fällen fehlt es eben an dem durch den Vertrag beabsichtigten Zweck, auch eine Verpflichtung des anderen Teiles zu schaffen. Es sei hier z. B. der Auftrag erwähnt. Der Zweck des Auftrages geht nur dahin, den Beauftragten zur Ausführung des Auftrages zu verpflichten. Eine Verpflichtung des Auftraggebers braucht dadurch nicht begründet zu werden; sie kann freilich entstehen, wenn der Beauftragte Aufwendungen zum Zwecke der Ausführung des Auftrags macht; der Auftraggeber wird zu deren Ersatz verpflichtet. Möglich wäre nun allerdings ja auch, daß der Zweck des Vertrages auf den Austausch der beiden Leistungen, auch der möglicherweise entstehenden von vornherein gerichtet ist, oder daß schon von vornherein die eine Leistung um der anderen willen versprochen worden ist. Das würde freilich genügen, um dem

[1]) vgl. Oertmann Vorbemerk. zu §§ 320—327, 2, c, S. 180; Schollmeyer Vorbemerk. zu § 320, S. 185/186; Planck Vorbemerk. zu § 320, S. 135/136; Crome in § 167 unter I., Seite 165; Kisch S. 1; RGE., 65, S. 547.

Vertrage die Eigenschaft eines gegenseitigen Vertrages im Sinne der §§ 320 ff. BGB. zu verschaffen.

2. Verzug des Schuldners mit der Leistung.

Erforderlich für die Anwendung der Fristbestimmung in § 326 BGB. ist weiterhin das Vorliegen von Verzug auf der einen Seite, und zwar handelt es sich ausschließlich um Schuldnerverzug. Wann der Schuldner in Verzug gerät, ist in den §§ 284, 285 BGB. näher bestimmt. Voraussetzung für den Verzug ist danach, daß eine klagbare fällige Forderung noch besteht. Die Forderung ist fällig, wenn sämtliche Bedingungen eingetreten sind, unter denen der Gläubiger die Leistung zu fordern berechtigt und der Schuldner sie zu bewirken verpflichtet ist. Vor allem muß somit der Zeitpunkt eingetreten sein, in welchem der Gläubiger die Leistung verlangen kann (§ 271 BGB.). Durch eine zwischen Gläubiger und Schuldner vereinbarte Stundung wird naturgemäß die Fälligkeit der Forderung hinausgeschoben. Ebenso ist die Forderung nicht als fällig anzusehen, wenn der Schuldner die Leistung auch nur vorübergehend verweigern darf, (auf Grund einer aufschiebenden Einrede, wie beispielsweise gemäß §§ 770, 771, 2014, 2015 BGB.). Besteht dagegen das Recht des Schuldners nur darin, gegen seine Leistung eine Gegenleistung zu verlangen (§§ 273, 320), so hindert dieser Umstand die Fälligkeit nicht, denn der Gläubiger braucht zur Leistung erst bereit zu sein, wenn der Schuldner seinerseits wirklich leistet.

Die Fälligkeit allein begründet indes auch noch keinen Verzug. Der Gläubiger muß seine Berech-

tigung zu fordern auch tatsächlich zum Ausdruck bringen. Das geschieht durch die Mahnung, die nur dann unterbleiben kann, wenn die Leistungszeit nach dem Kalender bestimmt ist; ob dies durch Rechtsgeschäft, Gesetz oder sonstwie erfolgt ist, spielt dabei keine Rolle. In diesem Falle gilt der Grundsatz: „dies interpellat pro homine". Eine Mahnung ist auch dann nicht nötig, wenn die Leistung von einer Kündigung abhängig ist und die Leistungszeit sich von der Kündigung ab kalendermäßig berechnen läßt. Nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts tritt der Verzug auch ohne Mahnung ein, wenn der Schuldner aus einem gegenseitigen Vertrage vor Eintritt der Fälligkeit seiner Leistung erklärt hat, nicht erfüllen zu wollen. Der Schuldner setzt sich damit selbst in Verzug.[1])

Die Mahnung selbst ist eine einseitige, empfangsbedürftige (§§ 130—132 BGB.), an keine Form gebundene, auch stillschweigend (RGE. Bd. 50, S. 261) von dem Gläubiger an den Schuldner gerichtete Aufforderung, die Leistung nunmehr zu bewirken.

Grundsätzlich kann die Mahnung erst nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgen. Jedoch ist es nicht als unzulässig zu erachten, daß die Mahnung mit der die Fälligkeit begründenden Handlung verbunden wird.[2])

---

[1]) vgl. RGE., Bd. 51, S. 347; Bd. 57, S. 106; vgl. auch Bd. 63, S. 103.

[2]) vgl. in dieser Hinsicht Oertmann zu § 284, 2, f, S. 133; Planck zu § 284, 4, f, S. 92; Staudinger zu § 284, 2, d, S. 174; Goldmann und Lilienthal in § 86 Ziff. 2, f, S. 342.

Bestritten ist, ob die Mahnung an eine Bedingung geknüpft werden kann. Die herrschende Lehre verwirft jede bedingte Mahnung.[1]) Dem wird man jedoch nicht unter allen Umständen beitreten können und zwar dann nicht, wenn die Bedingung so beschaffen ist, daß der Schuldner genau weiß, daß und wann er leisten soll. Eine derartige Mahnung kann als unwirksam nicht angesehen werden.[2])

Der Mahnung gleichgestellt ist die Erhebung der Leistungsklage, nicht auch der Feststellungsklage, sowie die Zustellung eines Zahlungsbefehls.

Zu dem Begriffe des Verzuges gehört aber ferner, daß die Verspätung der Leistung auf einem Umstande beruht, den der Schuldner zu vertreten hat. Braucht er den Umstand, infolgedessen die Leistung unterblieben ist, nicht zu vertreten, so kommt er auch nicht in Verzug. Die Frage, welche Umstände im einzelnen der Schuldner zu vertreten hat, ist nach dem Schuldverhältnisse zu beantworten, aus welchem er haftet. Es gelten hierfür die Vorschriften der §§ 275 ff. BGB. Im allgemeinen liegt das Moment des Vertretenmüssens beim Schuldner dann vor, wenn er die Leistung willkürlich und rechtswidrig unterläßt.

Es entsteht nun die Frage, was unter Leistung im Sinne des § 326 BGB. zu verstehen ist? Die Beantwortung geht dahin, daß Leistung eine jede

---

[1]) So Staudinger zu § 284, Ziff. 2, b, β, S. 174; Paech S. 59; Planck zu § 284, Ziff. 4, g, S. 92; Rehbein zu den §§ 241 ff., Ziff. 108, S. 119.

[2]) Gl. Ansicht Goldmann und Lilienthal in § 286, Ziff. 2, e, Anm. 8, S. 342; Schollmeyer zu § 284, Ziff. 2, S. 122.

Schuldnerleistung ist, die bei den gegenseitigen (synallagmatischen) Verträgen aber auf beiden Seiten vorliegt. Beim Kauf z. B., als dem wichtigsten der gegenseitigen Verträge, besteht die Leistung des Verkäufers in der Übergabe der Sache und der Eigentumsverschaffung, die des Käufers in der Zahlung des Kaufpreises. Ob auch die Abnahme der gekauften Sache sich als eine, der gegenseitigen Natur des Kaufvertrages entspringende Verpflichtung des Käufers darstellt, ist bestritten. Indes dürfte diese Frage zu verneinen sein. Denn die Leistung, mit der der Schuldner im Verzug sein muß, um den Gläubiger aus § 326 BGB. berechtigt erscheinen zu lassen, muß eine Hauptleistung des Schuldners sein. Als solche aber ist grundsätzlich die in § 433 Abs. 2 BGB. ausgesprochene Abnahmeverpflichtung seitens des Käufers nicht anzusprechen. Diese erscheint vielmehr neben der Zahlungspflicht des Schuldners nur als eine Nebenverpflichtung, die zu den Verkäuferpflichten in keinem synallagmatischem Verhältnis steht, und auf die somit die Regeln über die gegenseitigen Verträge (§§ 320 ff. BGB.) keine Anwendung finden können.[1])

---

[1]) Gl. Ansicht Staudinger zu § 326, unter III, Ziff. 2, a, S. 265; Kisch S. 8; Krahmer in § 8, S. 84/85; RGE., Bd. 50, S. 262; ferner Rechtspr. d. OLG., Bd. 6, S. 48; a. Ansicht Cosack in § 130, Ziff. II, 2, S. 540/541; desgl. RGE. vom 15. 1. 1907, abgedruckt in der „Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht" 1907, 1. Jahrg., Nr. 4.

Oertmann ist im Prinzip ebenfalls für die Verneinung der Frage, jedoch mit der Einschränkung, daß in Fällen, wo die Abnahme der Sache die einzige oder doch vornehmste Pflicht des Käufers bildet, diese als Hauptleistung anzusehen

Sofern nun bei einem gegenseitigen Vertrage die Verzugsvoraussetzungen bezüglich einer Leistung in dem erwähnten Sinne auf Seiten des Schuldners vorliegen, kann der Gläubiger das Fristbestimmungsrecht zur Anwendung bringen. Dieses steht auch dem Cessionar des Gläubigers zu, wenn der Schuldner ihm gegenüber in Verzug kommt.[1])

Die Frist kann erst nach dem Eintritt des Verzuges gesetzt werden.[2])

Dahingegen braucht die Bestimmung der Frist keineswegs sofort nach dem Eintritt des Verzuges erfolgen. Sie ist vielmehr zulässig, solange der Verzug dauert.[3])

Die Frist kann wirksam auch noch im Prozesse gesetzt werden, in dem der Gläubiger auf Erfüllung

---

ist, deren Verzug die Rechte aus § 326 gibt. (vgl. Oertmann zu § 326, Ziff. 3, e, S. 204).

Einen vermittelnden Standpunkt vertritt eine Entscheidung des OLG. Karlsruhe (vgl. Rechtspr. d. OLG., Bd. 6, S. 50).

[1]) vgl. Staudinger zu § 326 unter III, Ziff. 2 a, S. 265; gl. Ansicht RGE., Bd. 55, S. 403 ff.

[2]) vgl. Oertmann zu § 326, Ziff. 2, a, S. 202; Staudinger zu § 326, unter III, Ziff. 2, b, S. 266; Planck zu § 326, Ziff. 2, a, S. 156; Goldmann und Lilienthal in § 98, Ziff. 2, a, d, S. 381; Crome in § 171, Ziff. 1, S. 187. A. A. Dernburg II. Bd., 1. Abt., in § 98, Ziff. 3, S. 215; Cosack in § 123, unter III, Ziff. 2, c, α, S. 494, der die Bestimmung der Frist schon für zulässig hält, noch ehe der Schulder in Verzug geraten ist. Einen vermittelnden Standpunkt vertritt die RGE. vom 26. Nov. 1907, abgedruckt in der „Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen", 1908, Nr. 2, 17. Jahrg., S. 52.

[3]) vgl. Cosack in § 123, Ziff. 2, c, α, S. 494; desgl. Urteil d. OLG. Hamburg vom 15. 4. 1904 in „Rechtspr. d. OLG.", S. 441.

klagt, wenn er damit die vtl. Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung für den Fall verbindet, daß innerhalb der Frist die Erfüllung nicht erfolgt. Falls zur Zeit des Urteils die Frist noch nicht abgelaufen ist, so ist dem Prinzipalantrag auf Erfüllung stattzugeben, während die Verurteilung zum Schadensersatz auf Grund des evtl. gestellten Antrags zu erfolgen hat, wenn die Frist zur Zeit des Urteils bereits abgelaufen ist. Nach § 255 CPO. kann auch in dem auf Erfüllung lautenden Urteile die Frist bestimmt werden, nach deren Ablauf der Gläubiger die ihm nach § 326 BGB. zustehenden Rechte geltend machen kann.[1])

Eine große Streitfrage ist darüber sowohl in der Theorie als auch in der Praxis entstanden, ob die Fristbestimmung auch dann anzuwenden ist, wenn der Schuldner die Erfüllung verweigert? Die herrschende Meinung geht dahin, daß in einem solchen Falle dem Gläubiger die in § 326 BGB. normierten Rechte zustehen, ohne daß es der Fristbestimmung bedarf.[2])

Die Vertreter dieser Ansicht stützen sich insbesondere auf die althandelsrechtliche Praxis bezügl. der Artikel 354/356 des alten HGB. Nach Artikel 356 des angezogenen Gesetzes, der insbesondere in den Ent-

---

[1]) vgl. Staudinger zu § 326, Ziff. 2, b, S. 266; Planck zu § 326, Ziff. 2, c, S. 157 und 158.

[2]) so Staudinger zu § 326, Ziff. 2, c, S. 266; Romeick: Fristbestimmung S. 97; Dernburg in § 98 unter IV, Ziff. 1, S. 214; Paech S. 161; Neumann zu § 326, unter II, Ziff. 1, a, β, ββ, S. 305; Romeick in der „Deutschen Jur. Ztg.", 6. Jahrg., 1901, Nr. 22, S. 494; Krahmer in § 6, Anm. 24, S. 66.

scheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (vgl. Bd III S. 210/211; Bd. V, S. 107; Bd. VI, S. 326; Bd. VI, S. 14, 338; Bd. VIII, S. 11, 129 und Bd. X, S. 241) eingehend erörtert worden ist, mußte der Kontrahent, der die darin bezeichneten Rechte geltend machen wollte, den anderen Kontrahenten davon in Kenntnis setzen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäfts dies zuließ, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren.

Gemäß der Auslegung, die dieser Vorschrift gegeben wurde, war jedoch der Gläubiger nicht verpflichtet, die Frist ohne Aufforderung zu setzen, es genügte, um ihn aus Artikel 356 berechtigt erscheinen zu lassen, daß zwischen dem Eintritt des Verzuges und der Geltendmachung der Rechte seitens des Gläubigers ein angemessener Zeitraum verstrichen war. Hierfür sprach schon die Anwendung des Wortes gewähren in Artikel 356, als eines passiven Verhaltens. Mit Recht wurde daher aus diesen Tatsachen der Schluß gezogen, daß die Fristbestimmung zwecklos und eine grundlose Förmlichkeit sei, wenn der andere Teil durch seine Weigerung deutlich zum Ausdruck gebracht habe, daß er eine Frist weder begehre noch benutzen werde.[1])

Dieser Standpunkt ist indes, entgegen der von den S. 21, Anmerk. 2 angeführten Schriftstellern geäußerten Ansicht, für das heutige Recht, speziell also für den Fall des § 326 BGB. nicht mehr maßgebend.

Der § 326 BGB. verlangt, abgesehen von dem im Abs. 2 daselbst normierten Ausnahmefall, daß dem säumigen Schuldner eine angemessene Frist be-

[1]) vgl. die oben zit. Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts.

stimmt werde. Damit ist ausdrücklich und in unzweideutiger Weise zum Ausdruck gebracht, daß der Gläubiger positiv tätig werden muß, um die Rechte aus § 326 für sich in Anspruch nehmen zu können.

Durch die kundgetane Weigerung des Schuldners wird die Fristbestimmung deshalb nicht erübrigt. Diese hat vielmehr, wie bei Planck zu § 250, Ziff. 2, hervorgehoben wird, eine besondere Bedeutung. Die Setzung der Frist hat Rechtsveränderungen zur Folge, und zwar nicht lediglich zugunsten des Nichtsäumigen, sondern möglicherweise auch zu seinem Nachteile. Denn er geht nach dem Ablaufe der Frist der Pflicht zur Erfüllung verlustig. Die Rechtsveränderung kann deshalb nur erfolgen, wenn tatsächlich auch eine Frist bestimmt wird, fehlt sie, so erleidet das Rechtsverhältnis in keiner Weise eine Änderung.

Weiterhin ist auch die Ansicht Staudingers, die dispositive Natur des § 326 BGB. mache im Falle der Erfüllungsverweigerung durch den Schuldner die Fristbestimmung überflüssig, nicht zu billigen.

Der dispositive Charakter des § 326 kann allerdings nicht geleugnet werden, und es ist Staudinger zuzugeben, daß die Parteien vereinbaren können, daß bei Erfüllungsverweigerung seitens des Schuldners die in § 326 bestimmten Folgen ohne vorherige Bestimmung einer Frist sofort eintreten sollen. Daraus aber kann, wie Planck zutreffend hervorhebt, nun doch nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß bei allen gegenseitigen Verträgen eine stillschweigende derartige Vereinbarung vorliege.[1])

[1]) vgl. hierzu Staudinger zu § 326, unter III, Ziff. 2, c, S. 267 und Planck zu § 326, Ziff. 2, d, S. 158.

Daß natürlich unter Umständen eine solche stillschweigende Vereinbarung vorliegen kann, soll nicht in Abrede gestellt werden.[1])

Aus der Weigerung des Schuldners zu erfüllen, läßt sich auch nicht etwa dessen Verzicht auf die Fristbestimmung konstruieren, wie z. B. Staudinger ebenfalls annimmt.[2])

Von einem Verzicht kann schon deshalb nicht die Rede sein, weil der § 326 BGB. dem Schuldner kein Recht auf die Fristbestimmung gibt, vielmehr nur den Gläubiger dazu berechtigt.[3])

Abgesehen von den S. 21 genannten Theoretikern, hat sich auch die Praxis des Reichsgerichts und sonstiger höchstinstanzlicher Gerichtshöfe zu § 326 BGB. überwiegend dahin ausgesprochen, daß die Verwei-

---

[1]) gl. Ansicht Oertmann zu § 326, Ziff. 4, b, S. 206.

[2]) vgl. Staudinger zu § 326 unter III, Ziff. 2, c, S. 267.

[3]) vgl. Rehbein Note 30, S. 198; siehe auch Planck zu § 250, Ziff. 2, d, S. 158 mit der Begründung, daß an einen Verzicht schon deshalb nicht gedacht werden könne, wenn z. B. die Weigerung des Schuldners, wie dies regelmäßig der Fall sein werde, darauf beruhe, daß er seine Verpflichtung zur Leistung überhaupt nicht anerkenne. Aber selbst, wenn die Weigerung auf anderen Gründen beruhe, so könne der fragliche Schluß (Konstruktion eines Verzichts) dennoch nicht gezogen werden. Das Gesetz würde dann sicherlich für diesen Fall bei einer einigermaßen sorgfältigen Redaktion die Entbehrlichkeit der Frist ebenso ausgesprochen haben, wie im Abs. 2 die Entbehrlichkeit des Interessewegfalls infolge des Verzuges.

gerung der Leistung seitens des Schuldners die Fristbestimmung überflüssig mache.[1])

Neuerdings hat indes das Reichsgericht diesen seinen für den Fall der Weigerung des Schuldners ganz allgemein betonten Standpunkt insofern etwas eingeschränkt, als die Erfüllungsverweigerung ohne Fristbestimmung nur dann die in § 326 normierten Folgen haben solle, wenn der Schuldner ernstlich und entschieden, ein für alle mal die Erfüllung verweigert hat. So sagt insbesondere RGE. Bd. 66, S. 420: „Es ist richtig, daß der erkennende Senat wiederholt ausgesprochen hat, daß es zum Eintritt der in § 326, Abs. 1, S. 2 BGB. bestimmten Rechtsfolgen der daselbst vorgeschriebenen Fristbestimmung nicht bedürfe, wenn der in Verzug befindliche Teil die Vertragserfüllung ernstlich verweigere. Es ist das aber nur unter der Voraussetzung geschehen und damit begründet worden, daß dieser Vertragsteil deutlich zu erkennen gegeben habe, daß er weder eine Frist zur Erfüllung begehre, noch von einer ihm gesetzten Gebrauch machen werde; seine Weigerung enthalte daher einen Verzicht auf das Erfordernis der Fristbestimmung; diese würde unter den gegebenen Umständen zwecklos und überflüssig sein, und es könne nicht angenommen werden, daß im Rechtsverkehr zwecklose und überflüssige Handlungen gewollt seien."

---

[1]) Dieser Ansicht z. B. RGE., Bd. 51, S. 349, Bd. 52, S. 152, Bd. 53, S. 166, Bd. 56, S. 231, Bd. 57, S. 113; sodann vgl. Urteil d. OLG. Hamburg vom 20. Dez. 1901 in „Seufferts Archiv", 57. Bd., S. 442/443; auch Urteil d. Kammergerichts vom 11 Nov. 1901 ebenfalls in „Seufferts Archiv", Bd. 57, S. 98.

Im Anschluß daran fährt dann die genannte Entscheidung des Reichsgerichts fort: „Aus dieser Begründung ergebe sich aber, daß bei Beurteilung der Frage, ob eine solche Erfüllungsverweigerung vorliege, die den Eintritt der Rechtsfolgen ohne Fristbestimmung rechtfertige, ein strenger Maßstab anzulegen sei, daß nicht schon die einfache Ablehnung, insbesondere wegen Differenzen über den Vertragsinhalt, hierzu genüge, vielmehr eine solche nur dann angenommen werden dürfe, wenn gewichtige tatsächliche Momente vorlägen, die es als nach Lage der Sache ausgeschlossen erscheinen ließen, daß der in Verzug befindliche Vertragsteil, wenn er durch Setzung einer Nachfrist vor die Frage gestellt werde, ob er die Folgen des § 326 Abs. 1 auf sich nehmen oder durch nachträgliche Erfüllung diese Folgen von sich abwenden solle, sich zu der letzteren Alternative entschließen werde.“[1])

Einen noch einschränkenderen Standpunkt wie die Entscheidung in Bd. 66, nimmt die vom 23. Februar 1909, Recht 09, Nr. 1283 ein. Hier heißt es, der Schuldner müsse sich endgültig und bedingungslos vom Vertrage losgesagt haben, sodaß seiner bestimmten und positiven Erfüllungsverweigerung gegenüber die Nachfristsetzung als leere Form erscheinen würde. Indes sind auch die Ausführungen des Reichsgerichts nicht als zutreffend und durchschlagend anzuerkennen, insbesondere deshalb nicht, weil sich vielfach überhaupt nicht feststellen läßt,

---

[1]) vgl. auch Jur. Wochenschrift, 1907, 36. Jahrg., Nr. 22, S. 830.

wann nun wirklich eine derartige ernstlich gemeinte Erfüllungsverweigerung anzunehmen ist.[1])

Aus alledem geht hervor, daß bei Erfüllungsverweigerung seitens des Schuldners dennoch vom Gläubiger eine Fristbestimmung erfolgen muß, wenn er die in § 326 BGB. normierten Rechte für sich geltend machen will.[2])

Die hier vertretene Ansicht findet auch in dem bürgerlichen Gesetzbuche selbst und zwar in dem § 634 eine Stütze.

Nach diesem Paragraphen kann beim Werkvertrage der Besteller dem Unternehmer zur Beseitigung eines Mangels der im § 633 bezeichneten Art eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Beseitigung des Mangels nach dem Ablaufe der Frist ablehne. § 634 fährt nun in seinem zweiten Absatze fort: „Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die Beseitigung des Mangels von dem Unternehmer verweigert wird.“ Hier schreibt also das BGB. ausdrücklich vor, daß die Weigerung eine Fristbestimmung entbehrlich macht. Eine solche

[1]) vgl. hierzu Oertmann zu § 326, Ziff. 4, b, β, S. 206, wo es heißt: „Erst wenn nach gestellter Nachfrist Ernst wird, hat der Schuldner Anlaß, sich die Folgen seines Verhaltens entscheidend zu überlegen; es ist anzunehmen, daß er in sehr zahlreichen Fällen nunmehr von der anfänglichen Weigerung Abstand nehmen werde.“

[2]) Gl. A. Oertmann zu § 326, Ziff. 4, b, β, S. 206; Goldmann und Lilienthal in § 98, Anm. 12, S. 382; Rehbein Note 30, S. 198; Erler im „Recht“, 5. Jahrg., 1901, Nr. 17, S. 421; Sänger S. 12; Brückmann in der „Deutsch. Jur. Ztg.“, 1902, S. 220; Rosenberg in der „Jur. Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen“, 1902, S. 37; Simonson in der „Deutsch. Jur. Ztg.“, 1902, S. 121.

Ausnahmebestimmung findet sich im § 326 nicht. Es ist in seinem zweiten Absatze vielmehr nur analog dem einen der drei Fälle des § 634 Abs. 2 von einer Fristbestimmung abgesehen worden, wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für den anderen Teil kein Interesse hat. Aus diesem Umstande muß man notgedrungen folgern, daß im Falle des § 326 BGB, eine Fristbestimmung auch trotz der Weigerung des Schuldners, zu erfüllen, immer erforderlich ist, da sonst das BGB. den Fall der Weigerung auch im § 326 zum Ausdruck gebracht haben würde.[1])

Natürlich darf nun aus der hier vertretenen Ansicht nicht der Schluß gezogen werden, daß nun die erfolgte Weigerung des Schuldners, zu erfüllen rechtlich gänzlich bedeutungslos sei. Das ist keineswegs der Fall. Nimmt man z. B. an, daß der Schuldner bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit seiner Leistung, die Weigerung bestimmt erklärt hat, so gerät er, wie bereits S. 17 hervorgehoben, ohne Mahnung sofort in Verzug. Der Gläubiger ist jeder weiteren Tätigkeit, um den Verzug beim Schuldner herbeizuführen, überhoben und kann sofort das Fristbestimmungsverfahren zur Anwendung bringen.[2])

Die Fristbestimmung findet keine Anwendung, wenn der Gläubiger infolge des Verzuges kein

[1]) vgl. Rosenberg in der „Jur. Monatsschrift für Posen, Ost- und Westpreußen", 1902, S. 39; Sänger S. 11.

[2]) vgl. hinsichtlich dieser Ansicht, abgesehen von den S. 17 zit. RGE. auch die vom 28. Nov. 1901; Jur. Wochenschrift 1902, Nr. 23, S. 28; Deutsche Jur. Ztg., 1902, S. 67.

A. Ansicht Goldmann und Lilienthal in § 98, Anm. 12, S. 382.

Interesse an der Erfüllung des Vertrages hat § (326 BGB., Abs. 2). Der Wegfall des Interesses muß eine wenigstens mittelbare Folge des Verzuges sein, die z. B. auch im Falle eines Deckungskaufes seitens des Gläubigers gegeben erscheint.[1])

Unbeachtlich ist, ob die Tatsachen, auf Grund deren dem Gläubiger das Interesse an der Erfüllung des Vertrages entgeht, dem Schuldner bekannt sind oder nicht. Im einzelnen wird natürlich die Frage, ob eine Leistung für den Gläubiger noch ein Interesse hat, nur unter besonderer Berücksichtigung der Umstände des betreffenden Falles zu entscheiden sein.

§ 5.
Voraussetzungen für ihre Anwendung in § 634 BGB.

Anspruch des Bestellers auf Mängelbeseitigung.

Der § 634 BGB. endlich hat für die Anwendung der Fristbestimmung als Voraussetzung, daß der Besteller eines Werkes einen Anspruch darauf hat, die in § 633 BGB. bezeichneten Mängel von dem Unternehmer beseitigen zu lassen.

Es handelt sich dabei nur um Mängel tatsächlicher Art. Solche liegen in Gemäßheit des § 633 dann vor, wenn das Werk nicht die zugesicherten Eigenschaften besitzt und mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern (§ 633 BGB. Abs. 1). Hierauf ist näher einzugehen.

[1]) vgl. Oertmann zu § 326, Ziff. 4, S. 205.

Unter Zusicherung ist nicht jede Erklärung des Unternehmers über eine Eigenschaft des Werkes zu verstehen; eine solche hat vielfach nur die Bedeutung einer im Verkehr üblichen, nicht ernst zu nehmenden Anpreisung (Reklame). Als Zusicherung gilt vielmehr nur eine solche Erklärnng des Unternehmers, die vom Besteller als vertragsmäßig verlangt und vom Unternehmer in vertraglich bindender Form abgegeben worden ist.[1])

Zu den Eigenschaften eines Werkes gehört nicht nur die natürliche Beschaffenheit, sondern es sind dazu auch solche tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse zu rechnen, die zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den allgemeinen Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung des Werkes zu üben pflegen.[2])

Als Zusicherung einer Eigenschaft ist auch die Zusicherung der Abwesenheit eines Fehlers zu behandeln.[3])

Als ein Mangel im Sinne des § 633 BGB. ist ferner, wie bereits erwähnt, das Vorliegen eines Feh-

---

[1]) vgl. hierzu Planck zu § 459, Ziff. 2, a, S. 363; Goldmann und Lilienthal in § 134, unter II, Ziff. 1, S. 493: „Ob eine wirkliche verbindliche Zusicherung einer Eigenschaft vorliegt oder nur eine allgemeine Anpreisung ist nach Lage des einzelnen Falles zu entscheiden." Vgl. auch Dernburg II. Bd., 2. Abt., in § 184, unter III, S. 51; Crome II. Bd., in § 221, Ziff. 1, b, S. 457; RGE. in der „Jur. Wochenschrift", 1903, Beil., S. 43, 124.

[2]) vgl. hierzu Planck zu § 459, Ziff. 2, a, S. 363/364; Oertmann zu § 459, Ziff. 5, b, α, S. 424, der eine besonders eingehende Erörterung gibt; Dernburg II. Bd., II. Abt., in § 184, Ziff. II, S. 49; Crome im „Recht", 1902, S. 333.

[3]) Gl. A. Planck zu § 459, Ziff. 2, a, S. 364.

lers anzusehen, wodurch der Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufgehoben oder gemindert wird.

Ein Fehler ist danach einerseits jede Beeinträchtigung in der Brauchbarkeit des bestellten Werkes und zwar im Vergleich zu anderen gleicher Gattung, anderseits auch das Zurückbleiben hinter einem zum besonderen vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Stücke.[1])

Unter dem gewöhnlichen Gebrauche ist ein solcher zu verstehen, der im allgemeinen ohne Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des Bestellers mit einem Werke dieser Art gemeinhin gemacht zu werden pflegt, wobei natürlich wiederum die Verkehrsanschauung ein entscheidendes Moment bildet.[2])

Als nach dem Vertrage vorausgesetzt ist ein Gebrauch nur dann zu betrachten, wenn in dieser Hinsicht eine übereinstimmende Willenserklärung vorliegt.[3])

Es genügt daher nicht der einseitige Wille des Bestellers, einen speziellen, von dem Normalgebrauch abweichenden Gebrauch von dem Werke machen zu wollen, vielmehr muß der Unternehmer hierzu seine Zustimmung geben, die allerdings auch stillschweigend erfolgen kann. Auf die Erheblichkeit der Mängel

---

[1]) vgl. Oertmann zu § 459, Ziff. 3, S. 422; Dernburg in § 184, unter II, S. 50 in Bd. II, Abt. II.

[2]) vgl. Oertmann zu § 459, Ziff. 4, b, α, S. 422 und die dort bezeichnete Literatur.

[3]) vgl. insbesondere Planck zu § 459, Ziff. 1, b, β, ββ, S. 363 und Oertmann zu § 459, Ziff. 4, b, β, S. 422.

kommt es für die Anwendung der Fristbestimmung seitens des Bestellers nicht an.

Ein Verschulden oder ein Verzug des Unternehmers mit der Mängelbeseitigung ist ebenfalls keineswegs Vorbedingung für die Fristsetzung.[1])

Vielmehr kann sich der Besteller sofort, ohne erst sonstwie in positiver Weise tätig werden zu müssen, der Fristbestimmung zur Beseitigung der Mängel bedienen.

Die Frist wird meistens nach der Ablieferung des Werkes bestimmt werden, weil der Besteller in der Regel erst in diesem Zeitpunkte Kenntnis von den Mängeln des Werkes erhält. Ablieferung bedeutet hier lediglich einen tatsächlichen Vorgang im Gegensatze zu dem Begriff der Annahme des § 640 BGB. Es steht jedoch nichts im Wege, daß die Frist auch schon vor der Ablieferung bestimmt wird, wenn sich schon vorher irgend ein Mangel der in § 633 genannten Art zeigt. Die Frist muß dann aber so bemessen werden, daß sie nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist abläuft. Diese Vorschrift ist in § 634 Abs. 1 selbst zum Ausdruck gebracht worden.

Die Frage, ob die Frist auch schon bestimmt werden kann, wenn das erst zum Teil fertiggestellte Werk erhebliche Mängel zeigt, infolge deren es nach der Fertigstellung als unbrauchbar befunden werden müßte, ist zu bejahen, denn es kann erstens dem Besteller billiger Weise nicht zugemutet werden, die

---

[1]) vgl. auch Oertmann zu § 634, Ziff. 3, a, S. 723; Planck zu § 634, Ziff. 1, a, S. 599; Hachenburg S. 311.

Vollendung abzuwarten, sodann aber würde damit auch dem Interesse des Unternehmers in der Regel nicht gedient sein.[1])

Der Besteller ist ferner an der Fristbestimmung nicht gehindert, wenn er gemäß § 633 Abs. 2 BGB. zunächst ohne diese den Unternehmer zur Beseitigung der Mängel aufgefordert hat, und selbst nach Rechtskraft eines Urteils auf Beseitigung der Mängel ist eine Fristbestimmung nach § 634 BGB. immer noch als zulässig zu erachten.[2])

Ausnahmsweise bedarf es der Bestimmung einer Frist nicht in drei Fällen (vgl. § 634 Abs 2 BGB.) und zwar:

1. wenn die Beseitigung des Mangels überhaupt unmöglich ist. Damit ist nur objektive Beseitigungsunmöglichkeit gemeint, ein bloßes Unvermögen des Schuldners (Unternehmers) genügt nicht, schon deshalb nicht, weil es beim Werkvertrage in der Regel nicht daranf ankommt, daß der Unternehmer selbst den Erfolg herbeiführt.[3])

2. ist die Fristbestimmung entbehrlich, wenn der Unternehmer die Beseitigung des Mangels verweigert.

[1]) vgl. Entsch. d. Kammergerichts vom 10. Okt. 1907, Rechtsprechung der OLG., Bd. 17, S. 421/422; Oertmann zu § 634, Ziff. 3, a, S. 723.

[2]) Gl. Ansicht Oertmann zu § 634, Ziff. 2, S. 723; vgl. auch Goldmann und Lilienthal in § 174, Ziff. 2 S. 647; Planck zu § 634, Ziff. 1, a, S. 599.

[3]) Gl. A. Oertmann zu § 634, Ziff. 3, b, α, S. 723 Planck zu § 634, Ziff. 2, S. 600. And. Ansicht Kisch S. 196.

Über die Begriffe der objektiven und subjektiven Unmöglichkeit vgl. im einzelnen die eingehenden Erörterungen bei Oertmann Vorbemerk. zu §§ 275—283, S. 97 ff.

Aus welchem Grunde, oder ob ohne Grund die Weigerung erfolgt, ist gleichgültig. Die Tatsache der Weigerung, unzweideutig kundgegeben, genügt.[1])

3. bedarf es der Fristbestimmung nicht, wenn die sofortige Geltendmachung der in § 634 normierten Rechte durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird. Es wird also hier nicht wie in § 326 BGB. der Ausschluß des Interesses an der Beseitigung gefordert, sondern nur ein nach der anderen Richtung überwiegendes Interesse.[2])

Wann ein derartiges besonderes Interesse vorliegt, darüber ist natürlich nur von Fall zu Fall zu entscheiden. In der Regel wird es jedoch dann anzunehmen sein, wenn das Werk infolge der Vornahme der Beseitigung der Mängel durch den Unternehmer zu spät kommen würde.

---

[1]) vgl. Planck zu § 634, Ziff. 2, S. 600; Staudinger zu § 634, Ziff. 1, c, β, S. 1093; Goldmann und Lilienthal zu § 634, in § 174, Ziff. 4, b, S. 648.

A. Meinung bezügl. der Frage, ob die Fristbestimmung entbehrlich ist, wenn der Unternehmer die Beseitigung mit Recht verweigert (§ 633 Abs. 2 S. 2 BGB.), ist Oertmann zu § 634, Ziff. 3, b, β, S. 724, und ferner Romeick: Fristbestimmung, S. 98 ff.

[2]) vgl. Hachenburg S. 311.

II. Teil.

Die Beschaffenheit der einseitigen Fristbestimmung:

§ 6.
Ihrer Form nach.

Die im vorigen Teile behandelten Voraussetzungen für die Anwendung der Fristbestimmung in den §§ 250, 283, 326, 634 BGB. genügen indes, wenn eine Frist gesetzt ist, nicht, um die in den genannten Paragraphen normierten Wirkungen hervorzurufen. Vielmehr ist erforderlich, daß die Fristbestimmung selbst in ihrer Form, wie sie erfolgen muß und ihrem Inhalte nach von einer ganz bestimmten Beschaffenheit sein muß. Auf Einzelheiten in dieser Hinsicht ist in folgendem einzugehen.

Was zunächst das Erstere anbetrifft, so ist zu erwähnen, daß die Fristbestimmung ein an keine besondere Form gebundenes einseitiges, d. h. also auf der Willenserklärung einer einzigen Person basierendes Rechtsgeschäft ist. Als solches gelten somit für die Fristsetzung die allgemeinen Vorschriften des BGB. über die Rechtsgeschäfte schlechthin (vgl. die §§ 104—185 BGB.). Es seien davon insbesondere die §§ 130—132 hervorgehoben. Danach ist die

Fristbestimmung zu den sogenannten empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften zu rechnen.[1])

Sie wird also, einem Abwesenden gegenüber abgegeben, erst in dem Augenblicke wirksam, wenn sie ihm zugeht. Es genügt daher nicht die bloße Absendung der die Fristbestimmung enthaltenden Erklärung (Erklärungstheorie), es ist aber anderseits auch nicht erforderlich, daß derjenige, für den sie bestimmt ist, von ihr Kenntnis erhält (Vernehmungstheorie).

Wann die Thatsache des Zugegangenseins im einzelnen als vorliegend anzunehmen ist, ist Sache der Kasuistik. Im allgemeinen wird man mit Dernburg sagen können: „Zugegangen ist dem Gegner die Fristbestimmungserklärung dann, wenn ihm die Möglichkeit verschafft ist, von derselben Kenntnis zu nehmen und wenn ferner nach der Verkehrsübung zu erwarten ist, daß dies geschehe.“ [2])

§ 7.

Ihrem Inhalte nach.

1. Androhung eines bestimmten Rechtsnachteils.

Bezüglich der Beschaffenheit der Fristbestimmung ihrem Inhalte nach ist zunächst hervorzuheben, daß sie unter einem bestimmten Präjudiz erfolgen muß,

[1]) vgl. über diesen Begriff die eingehenden Erörterungen bei Zitelmann: Recht des bürgerl. Gesetzbuches, I. Teil, S. 93 ff.

[2]) vgl. Dernburg I. Bd., in § 132, Ziff. 1, S. 398. Es sei bemerkt, daß die Absendung eines Briefes keine Vermutung für seine Ankunft begründet. (Entscheid. des Reichsoberhandelsgerichts, 13, S. 46).

d. h. es muß bei ihr zu gleicher Zeit zum Ausdruck gebracht werden, was für ein Nachteil dem Fristbestimmungsempfänger entsteht, wenn er die Frist fruchtlos verstreichen läßt. Dies schreibt das bürgerliche Gesetzbuch in den hier zu behandelnden §§ 250, 283, 326, 634 ausdrücklich vor, obgleich es ja an und für sich schon in dem Wesen der Fristbestimmung liegt, daß sich an ihrem Endpunkt für den Säumigen nachteilige Folgen knüpfen. Das erforderliche Präjudiz geht in § 250 BGB. dahin, daß der Gläubiger nach dem Ablaufe der Frist die Herstellung ablehne, in den §§ 283, 326 BGB., daß er die Annahme der Leistung ablehne, in § 634 BGB., daß er die Beseitigung des Mangels ablehne.

Fehlen diese Präjudizien, so treten keinerlei rechtliche Nachteile für den Säumigen ein, der Gläubiger ist vielmehr trotz des Ablaufens der Frist verpflichtet, in § 250 sich die Herstellung, in den §§ 283, 326 die nachträgliche Erfüllung und in § 634 sich die Beseitigung des Mangels gefallen zu lassen, sofern er nicht aus anderen Gründen nunmehr berechtigt ist, beispielsweise in § 326 die Erfüllung deshalb zu verweigern, weil er nachweisen kann, daß er infolge des Verzuges des Schuldners kein Interesse mehr an der Erfüllung des Vertrages hat.[1])

Die verlangten Präjudizien brauchen indes nicht ausdrücklich in Übereinstimmung mit dem entsprechenden Gesetzestext zu stehen, es genügt, wenn dem Schuldner die durch die Fristsetzung bezweckten Folgen mit möglichster Schärfe vor Augen

[1]) vgl. Paech S. 159; Schollmeyer zu § 326, Ziff. 2, b, S. 211.

gehalten werden und zwar so, daß daraus für ihn erhellt, der Gläubiger werde von dem Rechte auf Herstellung, auf Erfüllung, auf Beseitigung des Mangels Abstand nehmen.[1])

2. Unzulässigkeit einer Bedingung.

Eine weitere, sich auf die Beschaffenheit der Fristbestimmung beziehende Frage ist, ob jene an eine Bedingung geknüpft werden kann? Aus dem Gesetze selbst ist hierüber kein Aufschluß zu entnehmen. Die inneren Gründe, die den Gesetzgeber veranlaßten, bei gewissen anderen Rechtsgeschäften die Hinzufügung einer Bedingung zu verbieten, dürften daher zur Beantwortung der obigen Frage heranzuziehen sein.

Zu derartigen Rechtsgeschäften gehören z. B. die Auflassung (vgl. § 925 Abs. 2 BGB.) und die Aufrechnung (vgl. § 388 BGB.). Fragt man nach dem Grunde, warum die genannten nicht unter einer Bedingung, d. h. einer dem Rechtsgeschäfte hinzugefügten Nebenbestimmung vorgenommen werden können, durch die die Wirkung des Rechtsgeschäftes von dem Eintritt eines künftigen ungewissen Ereignisses abhängig gemacht wird, so wird man sagen können, bei der Auflassung ist es die

[1]) Dieser A. Paech S. 159; Dernburg II. Bd., 1. Abt., in § 98, Ziff. 3, S. 215 für die gegenseitigen Verträge; ferner hinsichtlich des § 326 auch Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, 1904, Nr. 26, 8. Bd.; Urteil des OLG. Posen vom 14. 1. 1904; zu § 326 auch Jur. Wochenschrift, 1908, S. 676; ferner RGE. vom 9. 10. 1908 in der „Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht", S. 934.

wirtschaftliche Bedeutung, die der Bedingung feindlich gegenübersteht, bei der Aufrechnung der praktische Zweck des Institutes, nämlich als Erfüllungssurrogat zu dienen. In anderen Fällen wiederum ist es der ethische Charakter des Rechtsaktes, der den der Bedingung ungünstigen Ausschlag gibt. Dies trifft z. B. zu für den Fall der Eheschließung (vgl. § 1317 Abs. 2 BGB.), desgl. für die Annahme an Kindesstatt (vgl. § 1742 BGB.). Abgesehen hiervon gibt es zahlreiche einseitige Rechtsgeschäfte vermögensrechtlicher Natur, bei denen das Hinzufügen einer Bedingung verboten ist, weil der Gegner „billigerweise beanspruchen kann, nicht in eine zweifelhafte Rechtslage versetzt zu werden".[1])

Unter solchen Rechtsgeschäften ist die Anfechtung (§ 143 BGB.) sowie der Rücktritt vom Vertrage zu nennen (§ 349 BGB.).

Dahin gehört auch eine bedingte Kündigung.[2])

Ob eine bedingte Mahnung der Wirksamkeit entbehrt, ist, wie bereits S. 18 hervorgehoben, sehr bestritten. Im allgemeinen dürfte diese Frage ja zu bejahen sein, nur dann wird eine bedingte Mahnung als wirksam zu betrachten sein, wenn sie dem Schuldner Gewißheit darüber verschafft, daß der Gläubiger sofortige Leistung begehrt.[3])

In gleicher Weise wie der Anfechtung etc. kann auch dem einseitigen Rechtsgeschäfte der Frist-

[1]) vgl. Dernburg I. Bd., in § 148, unter II, S. 444/445; vgl. im übrigen zu den vorigen Ausführungen über das Hinzufügen einer Bedingung: Schollmeyer zu § 388, Ziff. 2, b, S. 334/335; v. Müller S. 10.

[2]) vgl. Dernburg II. Bd., 1. Abt., in § 55, Ziff. II, d, S. 120.

[3]) vgl. die auf S. 18 angegebene Literatur.

bestimmung keine Bedingung hinzugefügt werden da jene, wie bereits S. 4 erwähnt, dazu dienen soll, „eine Vereinfachung und Klärung der Verhältnisse der Parteien herbeizuführen und eine definitive Rechtslage zu schaffen".

Nimmt man z. B. an, mit dem Eintritte eines künftigen ungewissen Ereignisses solle die Fristbestimmung als nicht erfolgt gelten, so bleibt der, dem die Frist gesetzt ist, naturgemäß im Ungewissen darüber, ob sie infolge der Möglichkeit des Eintritts des künftigen ungewissen Ereignisses tatsächlich als wirksam zu betrachten ist oder nicht. Es entspricht auch durchaus der Billigkeit, daß der Schuldner, in dessen Rechtssphäre durch die Fristbestimmung in erheblicher Weise einschränkend eingegriffen wird, vor einer allzugroßen Willkür des Gläubigers in dieser Beziehung geschützt werden muß. Ein wirksamer Schutz ist aber dem Schuldner dann gewährleistet, wenn dem Gläubiger das Recht genommen ist, seiner Fristbestimmung eine Bedingung hinzuzufügen. Denn dann weiß der Schuldner nach erfolgter Fristsetzung genau, woran er ist und wie er seine Dispositionen zu treffen hat. Nach alledem ist das Hinzufügen einer Bedingung bei der Fristbestimmung als deren Zweck zuwiderlaufend, unbedingt zu verwerfen.[1])

---

[1]) Gl. Ansicht Romeick: Fristbestimmung, S. 108/109; v. Müller S. 10.

Ebenso Enneccerus-Lehmann Bd. I, zu § 284: „Ohne daß es einer besonderen Vorschrift bedürfte, ist die Bedingung ausgeschlossen bei denjenigen einseitigen Geschäften, deren Natur eine dem Gegner volle Gewißheit gebende Erklärung erfordert".

Was bezüglich der Bedingung bei der Fristbestimmung gilt, trifft auch bei der Zeitbestimmung zu, d. h. einer Nebenbestimmung, die die gesetzte Frist von einem künftig gewiß eintretenden Zeitpunkte an ganz oder teilweise abhängig machen will.[1])

3. Angemessenheit der Fristbestimmung.

Das Gesetz spricht ferner in den Fällen der §§ 250, 283, 326, 634 BGB. von dem Bestimmen einer angemessenen Frist.

Was heißt angemessen in diesem Sinne? Die Beantwortung dieser Frage richtet sich ganz nach den Umständen, unter deren Berücksichtigung die Frist eine angemessene sein soll. Ist jemand z. B. bereits im Verzug mit der Leistung, so ist, falls ihm eine Frist zur Bewirkung der Leistung gesetzt werden soll, eine kürzere genügend, als wenn jemand ohne jedwedes Verschulden nicht rechtzeitig geleistet hat. In einem solchen Falle ist eine Frist zur Leistung jedenfalls so zu bestimmen, daß der Schuldner unter normalen Umständen, ohne sich der normalerweise nicht notwendigen Beschleunigung zu befleißigen, die Leistung bewirken kann.

Die rechtliche Natur des zu regelnden unklaren und ungewissen Rechtsverhältnisses und die besonderen Umstände, unter denen es in concreto auftritt, spielen für die Beurteilung der Angemessenheit ebenfalls eine entscheidende Rolle.

Was zuweilen in Zeit von einigen Stunden, man denke z. B. an die Herstellung in § 250 BGB., erfolgen

[1]) vgl. Romeick: Fristbestimmung, S. 108/109.

kann, erfordert zuweilen sehr viel Zeit und außerordentliche Tätigkeit und ist darum in besondere Berücksichtigung zu ziehen, wenn eine angemessene Frist bestimmt werden soll. Der Grundsatz von „Treu und Glauben“ spielt dabei eine nicht zu unterschätzende Rolle (vgl. § 242 BGB.).[1])

Soll also eine Frist als eine angemessene bestimmt werden, so darf nicht nur von den einseitigen Interessen des Gläubigers ausgegangen werden, vielmehr sind auch die des Schuldners genau abzuwägen und neben den besonderen Umständen des Einzelfalles zu berücksichtigen.[2])

Der Gläubiger kann übrigens, wie Paech zutreffend bemerkt, in allen Fällen, in denen er in Gemäßheit der §§ 250, 283, 326, 634 BGB. eine angemessene Frist bestimmen will, von der Voraussetzung ausgehen, daß der Schuldner bereits

---

[1]) vgl. bezügl. der Anwendung des § 242 bei Bemessung der Frist: Oertmann zu § 250, Ziff. 3, S. 45; Stammler S. 143: Angemessen: „also auch nach der Methode von Treu und Glauben zu bestimmen.“

vgl. auch Hirsch in der „Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen“ vom 12. 1. 1907, Nr. 1, XVI. Jahrg., S. 11.

[2]) Gl. Ansicht Oertmann zu § 250, Ziff. 3, S. 45: „Die Angemessenheit bestimmt sich aus den Umständen und dem konkreten Vertragszweck, nicht einseitig aus den Sonderinteressen oder -verhältnissen der einen oder der anderen Partei“; ferner Fischer: Der Schaden, S. 215.

A. Ansicht: Planck zu § 250, Ziff. 2, S. 24; Schollmeyer zu § 250, Ziff. 5, S. 31: „Die Frist ist angemessen, wenn sie zur Naturalrestitution hinreicht“; ferner Staudinger zu § 250, Ziff. 4, S. 59; auch Titze S. 39.

Die Anhänger dieser Ansicht ziehen also mehr oder weniger einseitig das Interesse des Schuldners in Betracht.

energische Schritte zur Herstellung, zur Bewirkung der Leistung, zur Beseitigung des Mangels getan hat.[1])

Innerhalb der so für den Begriff der Angemessenheit der Fristbestimmung seitens des Gläubigers gesteckten Grenzen, wird man natürlich auch die subjektive Beurteilung des einzelnen, was angemessen ist, nicht ausschalten können. Man denke nur daran, daß derjenige, der im Verkehr in erster Linie an Sorgfalt und Pünktlichkeit gewöhnt ist, solche Charaktereigenschaften auch von anderen fordert und demgemäß bei Bemessung eines angemessenen Zeitraums einen anderen Maßstab anlegt, als derjenige, der eine gewisse Nachsicht gegenüber seinem Gegner zu üben pflegt.[2])

Aus diesem Grunde wird also eine Fristbestimmung, die auch mit Rücksicht auf die individuelle Verschiedenheit des persönlichen Urteils als unbillig zu bezeichnen ist, niemals eine angemessene im Sinne der §§ 250, 283, 326, 634 BGB. sein.

4. Bestimmtheit der Fristbestimmung.

Wie liegt nun aber die Sache, wenn der Gläubiger zwar eine Frist bestimmt, sich aber darauf beschränkt, seiner, die Fristbestimmung enthaltenden Erklärung etwa die Formulierung zu geben, daß er sagt: „Ich gewähre hiermit eine angemessene Frist?"

Ist eine derartige Formulierung genügend, oder aber ist es erforderlich, daß der Gläubiger erkennen

---

[1]) vgl. hierzu Paech S. 156; auch Kaufmann in der „Deutsch. Jur. Ztg.", 1908, Nr. 19, S. 1100 bezügl. des § 326 BGB.

[2]) vgl. v. Müller S. 22.

läßt, daß er innerhalb einer individuell bestimmten Frist von so und so viel Tagen, Wochen etc. die Herstellung, die Bewirkung der Leistung, die Abstellung des Mangels (§§ 250, 283, 326, 634 BGB.) verlange? Im Hinblick auf die schon früher gemachte Erwähnung, daß die Fristbestimmung auf eine möglichst schnelle Klärung zweifelhafter und unsicherer Rechtsverhältnisse abzielt (vgl. S. 4), und daß abgesehen hiervon das Institut der Fristbestimmung im allgemeinen der zeitlichen Umgrenzung von Rechtswirkungen zu dienen bestimmt ist, wird man ohne weiteres zu der Ansicht gelangen, daß es nicht genügt, wenn der Gläubiger sich der Formel, er setze eine angemessene Frist, dem Schuldner gegenüber bedient, sondern, daß diese nach Tagen, Wochen etc. bestimmt werden muß.[1])

Die gegenteilige Ansicht besitzt eine größere Anhängerschaft, wie die hier vertretene.[2])

---

[1]) So zutreffend: Romeick: Fristbestimmung, S. 40; Kaufmann: Kommentar d. BGB. zu § 250, unter II, Ziff. 2, β, S. 41; Wendt im „Archiv für zivil. Praxis", Bd. 92, 1902, S. 194; Schneider: Eins. Fristfestsetzungen im BGB., S. 41/43 und die dort von ihm bezeichnete Literatur.

[2]) vgl. z. B. Planck zu § 250, Ziff. 2, a, S. 24, zu § 283, Ziff. 2, S. 88, zu § 326, Ziff. 2, c, S. 157, zu § 634, Ziff. 1, a, S. 600; Oertmann zu § 250, Ziff. 3, c, S. 45, zu § 283, Ziff. 2, b, S. 129 durch Verweisung auf § 250, zu § 634, Ziff. 3, a, S. 723, ebenfalls durch Verweisuug auf § 250; Schollmeyer zu § 250, Ziff. 5, S. 31; Cosack in § 123, unt. III, γ, S. 495; Crome in § 151, Ziff. 2, a, S. 68; Titze S. 147; Fischer S. 215; Paech S. 156; auch v. Müller, der indes S. 19 selbst zugibt, daß bei Anwendung der Formel: „Ich gewähre eine angemessene Frist", die Absicht des Gesetzgebers, welche er bezüglich der Fristbestimmung verfolge, nicht er-

Der Hauptgrund, auf den die Gegner ihre Ansicht stützen ist der, daß sie behaupten, der Begriff der Angemessenheit sei ein genügend bestimmter. Dies ist als unrichtig zu bezeichnen. Bei Setzung einer bloß angemessenen Frist in dem gedachten Sinne, weiß weder der Säumige genau, von welchem Zeitpunkte an er mit der Nachholung der versäumten Handlung ausgeschlossen ist, noch der vertragstreue Gegner, mit welchem Augenblicke er auf den Säumigen keine Rücksicht mehr zu nehmen braucht. Demzufolge würde die Rechtslage unter den Parteien, anstatt klarer, nur noch ungewisser als sie bereits war. Neue Streitigkeiten würden entstehen, da der Schuldner gewissermaßen überhaupt an keinen Zeitpunkt mehr gebunden wäre und in den meisten Fällen die Herstellung nach § 250 BGB., die Erfüllung nach den §§ 283, 326 BGB., die Abstellung des Mangels nach § 634 BGB. jedenfalls zu einer Zeit erfolgen würde, wo der Gläubiger die angemessene Frist schon längst für abgelaufen erachtet. Bei Setzung einer kalendermäßig bestimmten Zeit dagegen ist die rechtliche Situation unter den Parteien in der Tat, dem Zwecke der Fristbestimmung entsprechend, geklärt. Der Schuldner ist in der Lage, genau zu beurteilen, was der Gläubiger unter angemessen versteht, bis zu welchem Zeitpunkte er auf die Herstellung, die Erfüllung, oder die Beseitigung des Mangels rechnet. Erscheint dem Schuldner die

---

reicht werde und daß eine klare Fixierung des Zeitpunktes, bis zu dem die Handlungsmöglichkeit des Säumigen bestehe und an den die bedingten Rechtsänderungen geknüpft seien, in der Tat ausgeschlossen erscheine.

Frist unangemessen, so kann er seinerseits dem Gläubiger erklären, was in dem besonderen Falle unter angemessen zu verstehen ist. Der Gläubiger kann dann ja hierzu in irgend einer Weise Stellung nehmen. Es gibt aber außer den bereits erwähnten auch noch weitere Argumente, die für eine individuell bestimmte Fristsetzung sprechen. Das Gesetz sagt in den §§ 250, 283, 326, 634 BGB., der eine Teil könne dem anderen eine angemessene Frist bestimmen, es bedient sich also nicht etwa der Ausdrücke wie: eine Frist setzen oder geben oder auch gewähren.

Letzterer Ausdruck war, wie bereits S. 21/22 erwähnt, in Artikel 356 des alten HGB. vom Gesetzgeber in Anwendung gebracht worden. Jener berechtigte in Übereinstimmung mit der Auslegung, die die Praxis des Reichsoberhandelsgerichts diesem Artikel hat zu Teil werden lassen, zu der Annahme, daß bei der Frist gewährung dem Ermessen des Berechtigten keine enge Grenzen gezogen zu werden brauchten, mit anderen Worten, daß aus dem Gewähren nicht das Erfordernis einer festen Zeitangabe zu entnehmen sei.[1])

Die Auslegung bezüglich des Gewährens einer Frist dürfte auch zutreffen, wenn das bürgerliche Gesetzbuch die Worte: eine Frist geben oder setzen, in den §§ 250, 283, 326, 634 gewählt hätte. Demgegenüber ist schon rein sprachlich genommen unter der Ausdrucksweise, eine Frist bestimmen, die ausdrückliche Angabe einer zeitlichen Begrenzung

[1]) vgl. hierzu die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Bd. VIII, Nr. 30, S. 126, Bd. IX, Nr. 38, S. 126, Bd. XII, Nr. 18, S. 62; ferner d. Ausführungen auf S. 21 ff.

zu verstehen. Frist bestimmen heißt eben nicht, jemanden zur Vornahme einer Handlung auffordern binnen einer unbestimmt gelassenen Frist.[1])

Die hier verteidigte Ansicht findet aber auch noch in einem weiteren Argumente ihre Unterstützung. Die Fristbestimmungen, wie sie in den §§ 250, 283, 326, 634 normiert sind, beruhen auf der Sanktion der Rechtsordnung. Diese hat, abgesehen von anderen, in den genannten Fällen, aus Gründen, die hier dahingestellt bleiben können, das Recht zur Fristbestimmung auf eine Privatperson übertragen, dagegen in zahlreichen anderen Fällen sich das Fristbestimmungsrecht selbst vorbehalten. Da, wo letzteres geschehen ist, pflegt die Frist fast stets genau nach Tagen und Wochen etc. bestimmt zu sein.[2])

Es liegt also, insbesondere mangels Entgegenstehens anderweitiger ausdrücklicher Bestimmungen, auch keine Veranlassung vor, von dem Erfordernisse einer genauen zeitlichen Begrenzung der Frist abzugehen. Man wird eher sagen können, daß die Fristbestimmungen, die die Rechtsordnung zu behalten für geboten erachtete, als Muster auf die privaten (rechtsgeschäftlichen) Fristbestimmungen angewandt werden müssen.[3])

5. Bedeutung einer zu kurzen Fristbestimmung.

Welche Bedeutung nun einer zwar zeitlich genau begrenzten, aber zu kurzen und deshalb unan-

[1]) vgl. insbesondere Romeick: Fristbestimmung, S. 39; Schneider: Einseitige Fristfestsetzungen, S. 43.

[2]) vgl. z. B. die §§ 124, 801, 864, 1339, 1594, 1944, 1954, 2082, 2340 des BGB.

[3]) vgl. hierzu auch die ausführlichen Erörterungen bei Romeick: Fristbestimmung, S. 35 ff.

gemessenen Fristbestimmung beizulegen ist, darüber sind in der Literatur hauptsächlich zwei Meinungen vertreten.

Die eine hält die zu kurz bemessene Frist für gänzlich unwirksam.[1])

Nach der anderen Ansicht setzt die zu kurze Fristbestimmung die in Wirklichkeit angemessene Frist in Lauf. Dies ist die herrschende Lehre.[2])

Dieser ist der Vorzug zu geben. Es ist zwar an und für sich richtig, wenn die Gegner geltend machen, die Unwirksamkeit einer zu kurzen Fristbestimmung entspräche dem Wortlaute des Gesetzes. Dieses verlange ausdrücklich die Bestimmung einer angemessenen Frist. Eine solche, die zu kurz sei, sei also unangemessen und aus diesem Grunde rechtlich bedeutungslos.[3])

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß dann der Gläubiger im Falle des § 250 BGB. nach dem Ablaufe der von ihm selbst gesetzten Frist noch die

---

[1]) vgl. z. B. Planck zu § 250, Ziff. 2, b, S. 24; Schollmeyer zu § 250, Ziff. 5, S. 31; Cosack I. Bd., Buch II, in § 123, Ziff. 2, c, δ, S. 495; Crome in § 151, unter I, Ziff. 2, a, S. 68; v. Müller S. 25.

[2]) vgl. Oertmann zu § 250, Ziff. 3, c, S. 45; Dernburg II. Bd., 1. Abt., in § 33, Ziff. 4, a, S. 79; Paech S. 157; Neumann Vorbemerk. zu § 186, Ziff. 4, f, β, S. 203; Titze S. 147; Hachenburg: BGB., Vorträge, S. 306; Pescatore Anm. 28, S. 230; Eck in § 51, S. 247; Kuttner S. 58; auch die Praxis des Reichsgerichts steht auf diesem Standpunkte; vgl. RGE., Bd. 56, S. 234, Jur. Wochenschrift, 34. Jahrg., 1905, Nr. 1, S. 17; Bd. 62, S. 68; Bd. 68, S. 333.

[3]) So bespielsweise Planck zu § 250, Ziff. 2, b, S. 24; Goldmann und Lilienthal in § 75, Note 11, S. 300; Fischer S. 216; v. Müller S. 25.

Herstellung, in den §§ 283, 326 BGB. noch die Erfüllung, in § 634 BGB. noch die Beseitigung des Mangels verlangen und sich so gewissermaßen selbst auf die Unangemessenheit der von ihm als angemessen gesetzten Frist berufen könnte.[1])

Wenn man dem Gläubiger eine derartige Befugnis zuspricht, so bedeutet dies einen argen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Es würden daraus Unbilligkeiten und Härten gegen den Schuldner entstehen, wenn man berücksichtigt, daß dieser, in der Annahme, der Gläubiger halte sich an die gesetzte Frist gebunden, vielleicht während ihres Laufes, ungeachtet ihrer Kürze, eine günstige Gelegenheit zur Herstellung (§ 250), zur Bewirkung der Leistung (§§ 283, 326), zur Beseitigung des Mangels (§ 634) hat vorüber gehen lassen, weil er beabsichtigte, nach dem Ablaufe der Frist mit rechtlicher Wirksamkeit Entschädigung in Geld zu leisten, bezw. einen Vertrag mit dem Gläubiger, gerichtet auf Wandelung oder Minderung, abzuschließen.[2])

Die Begründung, die v. Müller für die gänzliche Unwirksamkeit einer zu kurzen Fristbestimmung gibt, geht fehl. Es heißt nämlich bei ihm auf S. 24: „Es ist nicht einzusehen, warum der Fristsetzende die ihm gewährten Vorteile auch dann genießen soll, wenn er sich über die mitsprechenden Umstände nicht hinreichend informiert und infolgedessen eine

[1]) Gl. Ansicht Staudinger zu § 250, Ziff. 5, b, S. 60; Oertmann zu § 250, Ziff. 3, c, S. 45.

A. Meinung Planck zu § 250, Ziff. 2, c, S. 25, der erklärt, daß diese Folgerung aus der Unwirksamkeit einer zu kurzen Fristbestimmung nicht gezogen werden könne.

[2]) vgl. Staudinger zu § 250, Ziff. 5, b, α, S. 60.

zu kurze Frist bestimmt hat.“ v. Müller läßt indes hierbei außer acht, daß der Gläubiger auch bei sorgfältigster Prüfung niemals die ganze Sachlage wird übersehen können. Es wäre auch ein viel zu formalistischer Standpunkt, wollte man dem Gläubiger die Geltendmachung seiner Rechte infolge der zu kurzen Fristbestimmung überhaupt versagen und ihn zwingen, erst zu einer gänzlich neuen überzugehen.[1])

Der Schuldner erleidet auch, wenn man die zu kurze Fristbestimmung nicht als völlig unwirksam bezeichnet weiter keinen Nachteil, da dem Gläubiger ja vor Ablauf einer angemessenen Frist eine erfolgreiche Geltendmachung seiner Rechte versagt ist.

Nach alledem ist also der Standpunkt, daß durch die Setzung einer zu kurz bemessenen Frist die in Wirklichkeit angemessene in Lauf gesetzt werde als der allein zutreffende zu bezeichnen. Vorauszusetzen ist dabei allerdings, daß der Gläubiger, was ja wohl regelmäßig der Fall sein wird, auch tatsächlich die gesetzte Frist als angemessene gewollt hat.[2])

Abgesehen hiervon aber wird seinerseits der Schuldner, dem eine zu kurze Frist gesetzt ist, für verpflichtet zu erklären sein, ihr zu widersprechen und den Gläubiger zu veranlassen, die bereits in

---

[1]) vgl. Eck: Vorträge über das BGB., in § 51, S. 247.

[2]) vgl. Romeick: Fristbestimmung, S. 48 ff.; ferner RGE., Bd. 56, S. 234: „Wer dem säumigen Teil noch eine Frist zur Leistung setzt, gibt damit regelmäßig zu erkennen, daß er bereit ist, dem Gesetze zu genügen. Dieses aber verlangt in den §§ 250, 283, 326, 634 die Setzung einer angemessenen Frist.“

Lauf gesetzte entsprechend zu verlängern, bis sie die Qualität angemessen erreicht.[1])

In dem Schweigen des Schuldners wird meistenteils eine Billigung der zu kurz bemessenen Frist zu erblicken sein und es also bei der letzteren sein Bewenden haben.[2])

Ein Hinweis auf die Unangemessenheit der gesetzten Frist erübrigt sich und zwar ohne Nachteil für den Schuldner, wenn diese so kurz bemessen ist, daß letzterer vor ihrem Ablaufe überhaupt nicht antworten kann. In diesem Falle wird natürlich die gesetzte Frist völlig unwirksam bleiben, aus dem Grunde, weil sie vom Gläubiger von vornherein als unangemessene gewollt ist.

6. Bedeutung einer zu langen Fristbestimmung.

So bestritten es ist, ob die zu kurze Fristbestimmung Wirkungen erzeuge, so unbestreitbar und einleuchtend ist es, daß die zu lange Fristsetzung nicht unwirksam ist. Der Schuldner wird sicherlich nichts gegen eine zu lange Frist einzuwenden haben, der Gläubiger aber könnte gegen eine allzugroße

---

[1]) vgl. Oertmann zu § 250, Ziff. 3, c, S. 45; v. Müller, der allerdings nur für handelsrechtliche Verhältnisse eine derartige Verpflichtung des Schuldners anerkennen will. Im Prinzip anderer als die hier vertretene Ansicht Planck zu § 250, Ziff. 2, c, S. 25.

[2]) vgl. Oertmann zu § 250, Ziff. 3, c, S. 45; Paech S. 158; v. Müller: Fristbestimmung, S. 24.

Rücksichtnahme, selbst wenn er sich zu seinem Schaden verrechnet hat, nichts einwenden, da jene niemals als eine unangemessene im Sinne der §§ 250, 283, 326, 634 BGB. zu bezeichnen wäre.[1])

---

[1]) vgl. hierzu Cosack in § 123, unter III, Ziff. 2, c, δ, S. 495; Planck zu § 250, Ziff. 2, b, S. 24; Staudinger zu § 250, Ziff. 5, c, S. 60; Paech S. 156; v. Müller: Fristbestimmungen, S. 25.

III. Teil.

Die Wirkungen der einseitigen Fristbestimmung.

§ 8.

Die Wirkungen in § 250 BGB.

1. Der Anspruch auf Herstellung ist ausgeschlossen. Ersatz in Geld.

In dem Augenblicke, wo der Gläubiger eine den vorgeschriebenen Erfordernissen und Voraussetzungen genügende Frist bestimmt hat, wirkt sie auch gegen ihn; er ist daran gebunden und verpflichtet, nach § 250 BGB. die Herstellung durch den Schuldner sich gefallen zu lassen. Gleichzeitig hat der Gläubiger damit das ihm nach § 249 S. 2 BGB. zustehende Wahlrecht verwirkt.[1])

Anderseits besteht die Berechtigung und Pflicht des Schuldners zur Herstellung nur bis zum Ablaufe der Frist.

Nach deren fruchtlosem Ablaufe dagegen kann weder der Gläubiger mehr die Herstellung verlangen, noch der Schuldner den Gläubiger mehr durch diese

---

[1]) vgl. Oertmann zu § 250, Ziff. 2, S. 44.

befriedigen. Der Anspruch des Gläubigers hat sich vielmehr in einen Geldersatzanspruch verwandelt.[1])

Ohne die Fristbestimmung müßte der das Geldinteresse beanspruchende Gläubiger entweder dartun, daß die Naturalherstellung gemäß § 251 BGB. untunlich sei, oder er müßte den im § 283 BGB. bezeichneten Weg einschlagen, also zunächst eine rechtskräftige Verurteilung des Schuldners zur Herstellung erwirken und ihm dann eine angemessene Frist zur Bewirkung der Herstellung bestimmen.

Nach welchen Grundsätzen die Geldentschädigung zu bemessen ist, besagt das Gesetz nicht. Es geht insbesondere nicht daraus hervor, ob der allgemeine (objektive) Wert des beschädigten Gutes zu Grunde zu legen ist, oder derjenige besondere Wert, den das Gut für den Beschädigten nach den vorliegenden besonderen Verhältnissen hatte. Es ist anzunehmen, daß bei Bemessung der Geldentschädigung die Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Gläubigers als im Sinne des Gesetzes liegend zu erachten ist, denn zu ersetzen ist gemäß § 252 BGB. der volle Schaden, den der Beschädigte erlitten hat, einschließlich des entgangenen Gewinnes. Mithin kann, nicht wie anderweitig vorgesehen

---

[1]) Die z. B. von Behrend in der „Deutschen Jur. Ztg.", 1897, Nr. 17, vertretene Ansicht, daß nur der Anspruch des Schuldners, sich durch Naturalherstellung zu befreien, ausgeschlossen sei, ist zu verwerfen. Vgl. über diese Frage auch Planck zu § 250, Ziff. 1, S. 23; Oertmann zu § 250, Ziff. 4, S. 45.

(§§ 102, 256, 290 BGB.), nur der objektive Wert in Frage kommen.[1])

Dagegen ist aber anderseits auch wieder zu erwähnen, daß der Wert der besonderen Vorliebe, die der Gläubiger etwa zu dem beschädigten Rechtsgute hegte, bei Bemessung der Geldentschädigung nicht in Ansatz zu bringen ist, weil jener sich der Schätzung entzieht (Affektionswert).[2])

Gleichwohl wird praktisch die Bemessung der Geldentschädigung doch wieder vielfach auf den bloßen Ersatz des gemeinen Wertes des beschädigten Gutes hinauslaufen. Es sei nur an die alltäglichen Fälle der Beschädigung von gebrauchten Sachen erinnert. In diesem Falle ist dann für die Geldentschädigung der höchste Wert in Anrechnung zu bringen, den die Sache bis zum Tage des Urteils in unversehrtem Zustande gehabt haben würde. Hatte sie nach ihrer Beschaffenheit überhaupt keinen Wert (Verkaufswert) mehr, aber noch Wert für den Geschädigten, so ist dieser besondere Wert zu ersetzen. Für die Abmessung der Geldentschädigung

---

[1]) Gl. Ansicht Planck zu § 251, Ziff. 2, S. 26; Staudinger zu § 251, Ziff. 3, S. 62; Goldmannn und Lilienthal in § 75, Ziff. 2, S. 299; Neumann zu § 252, Ziff. 1, S. 247.

[2]) Gl. Ansicht Staudinger zu § 253, Ziff. 1, S. 69; gl. Ansicht auch Oertmann zu § 253, Ziff. 3, S. 51, jedoch mit der Einschränkung, daß das gleiche Affektionsinteresse nicht von mehreren geteilt wurde und sich nicht bereits im objektiven Verkehrswert des Gegenstandes ausgedrückt hatte.

Mit derselben Einschränkung auch Schollmeyer zu § 253, Ziff. 2, S. 40.

spielt selbstverständlich auch das zeitliche und örtliche Moment eine bedeutsame Rolle. Zwar gibt auch in dieser Beziehung das Gesetz keinen Aufschluß. Immerhin aber dürfte die Art, in welcher beide Momente zu berücksichtigen sind, aus dem in § 249 BGB. zum Ausdruck gebrachten Prinzip zu folgern sein, wonach der Gläubiger wirtschaftlich in dieselbe Lage gebracht werden soll, in der er sich befinden würde, wenn der zum Schadensersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten sein würde. Je nach der Verschiedenheit der Fälle gestaltet sich danach auch in zeitlicher und örtlicher Beziehung die Berechnung der Höhe des Geldersatzes verschieden. Die Ersatzpflicht geht indes keineswegs weiter, als infolge der nicht bewirkten Herstellung trotz Fristbestimmung überhaupt ein Schaden entstanden ist. Möglich ist nun, daß aus der nicht rechtzeitigen oder überhaupt nicht erfolgten Naturalherstellung neben den Nachteilen auch Vorteile für den Gläubiger entstanden sind. Dann tritt eine Ausgleichung zwischen den beiden ein (compensatio lucri cum damno), wenngleich auch dies gesetzlich nicht besonders geregelt ist. Letzterer geht dahin, daß der Ersatzpflichtige nur den Geldbetrag zu zahlen hat, der sich als Differenz zwischen sämtlichen Vermögensab- und -zugängen herausstellt.[1])

Voraussetzung für diese Ausgleichung ist jedoch, daß zwischen den Vor- und Nachteilen ein notwendiger Zusammenhang besteht, insofern als beide

---

[1]) vgl. Crome II. Bd., in § 151, Ziff. 4, S. 77; Staudinger Vorbemerk. zu §§ 249–255, Ziff. 7, S. 53; Schollmeyer zu § 252, Ziff. 6, S. 39.

durch den ungenutzten Fristablauf in § 250 BGB. verursacht worden sind. Diese Frage wird manchmal Schwierigkeiten bereiten und sich nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles entscheiden lassen.[1])

Für den Fall, daß der Schuldner innerhalb der ihm gesetzten Frist die Herstellung nur teilweise bewirkt hat, der Rest aber nach dem Ablaufe der ersteren noch rückständig ist, kann der Gläubiger sich verschieden verhalten:

1. Er kann den empfangenen Teil der Herstellung behalten und für den ausgebliebenen Rest den Ersatz in Geld verlangen.

2. Er kann aber auch gegen Rückerstattung des bereits geleisteten Teiles des Ersatzes in natura die Schadensersatzleistung vollkommen in Geld verlangen, wenn die teilweise Naturalherstellung für ihn kein Interesse hat. Hierfür hat der Gläubiger indes den Nachweis zu erbringen.

Die Rückleistung des bereits bewirkten Teiles der Naturalherstellung braucht nicht sofort mit der Erklärung des mangelnden Interesses zu erfolgen. Gerät der Gläubiger mit der Rückleistung indes in Verzug, so kann ihm der Schuldner gemäß § 354 BGB. noch eine besondere Frist bestimmen, mit deren ungenutztem Ablaufe der Rücktritt bezüglich des empfangenen Teiles der Naturalherstellung als nicht erfolgt gilt, d. h. Schadensersatz in Geld nur

---

[1]) vgl. hierzu Oertmann: Die Vorteilsausgleichung im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, 1901, S. 34 ff.; auch RGE., Bd. 54, S. 137.

wegen des nicht bewirkten Restes verlangt werden kann.

Unter der mangelnden Vollständigkeit ist hierbei nicht nur quantitative, sondern auch qualitative zu verstehen.[1])

2. Die Beweislast.

Was die Beweisfrage anbetrifft, so hat der Gläubiger zu beweisen, daß die von ihm gesetzte Frist angemessen und daß der Schuldner sie ungenutzt hat verstreichen lassen. Demgegenüber liegt dem Schuldner der Gegenbeweis ob, daß die Frist nicht angemessen oder daß er innerhalb derselben die Herstellung bewirkt hat.[2])

§ 9.

Die Wirkungen in § 283 BGB.

1. Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Die Wirkungen, die sich an die Fristbestimmung nach § 283 vor dem Ablaufe der Frist knüpfen, sind ähnlich denen in § 250 BGB. Vorausgesetzt wird natürlich auch hier, daß die Fristbestimmung an sich den aufgestellten Erfordernissen (S. 35 ff.) entspricht.

Der Gläubiger ist also an seine, die Fristbestimmung enthaltende Erklärung gebunden, d. h. bis zum Ablaufe der Frist ist er verpflichtet, die geschuldete Leistung, zu der der Schuldner rechtskräftig verur-

---

[1]) vgl. Crome in § 151, Ziff. d, S. 69.

[2]) vgl. Planck zu § 250, Ziff. 3, S. 25.

teilt worden ist, anzunehmen, selbst in dem Falle, wenn er in der Lage wäre, den Beweis des Interessewegfalls zu erbringen.[1])

Nach dem fruchtlosen Ablaufe der gesetzten Frist ist der Anspruch auf die geschuldete Leistung für den Gläubiger erloschen und an seine Stelle ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung getreten. Der Gläubiger braucht also weder den langwierigen oder im voraus aussichtslosen Weg der Zwangsvollstreckung zu betreten, noch auch gemäß § 280 Abs. 1 BGB. beweisen, daß die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden sei. Dieser Beweis wird häufig sehr schwer und vielfach nur in umständlicher Weise zu führen sein.[2])

Der Gläubiger darf vielmehr sofort nach Fristablauf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, ohne Rücksicht darauf, ob die Leistung, zu der der Schuldner verurteilt, nun wirklich unmöglich geworden ist oder nicht.[3])

---

[1]) So auch Oertmann zu § 283, Ziff. 2, b, S. 129; Goldmann und Lilienthal zu § 283, in § 85, Anm. 40, S. 339; Planck zu § 283, Ziff. 1, S. 88, der erklärt: „An die Fristbestimmung ist der Gläubiger nach Treu und Glauben gebunden.“ Gl. Ansicht auch Romeick: Fristbestimmung, S. 30. A. Ansicht ist Staudinger zu § 283, Ziffer 3, a, S. 168, wo es heißt: „Es sind sehr wohl Fälle denkbar, in denen der Gläubiger bei Bemessung der Frist unvorhergesehene Ereignisse nicht berücksichtigen konnte, die sein Interesse an der Erfüllung früher zum Erlöschen bringen.“ Dieser Ansicht auch Schollmeyer zu § 283, Anmerk. 3.

[2]) vgl. hierzu Planck zu § 283, Ziff. 1, S. 87/88.

[3]) Dieser Ansicht Oertmann zu § 283, Ziff. 3, S. 129; Planck zu § 283, Ziff. 1, S. 88; Goldmann und Lilien-

Dafür ist aber anderseits jeglicher Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen.

Der Schadensersatzanspruch nun in § 283 BGB. geht stets auf Geld.[1])

Die Verpflichtung zum Schadensersatze trotz Fristbestimmung tritt dagegen nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat (vgl. § 283 Abs. 1 S. 3 BGB.). Das wird nur dann der Fall sein, wenn der Schuldner trotz der rechtskräftigen Verurteilung nicht im Verzuge mit der Leistung sich befindet. Bei Vorliegen von Verzug hat der Schuldner sogar gemäß § 287 BGB. die durch Zufall eingetretene Unmöglichkeit zu vertreten, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde.[2])

---

thal zu § 283, in § 85, unter VI, S. 339; Cosack in § 105, Ziff. 2, a, S. 429.

A. Ansicht ist Romeick S. 24, wonach der ungenutzte Fristablauf nicht gleichbedeutend ist mit der sonst vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung, sondern mit dem Interessewegfall-Beweise des Gläubigers. So auch Staudinger zu § 283, Ziff. 1, S. 166.

[1]) vgl. Oertmann zu § 283, Ziff. 3, S. 129; Planck zu § 283, Ziff. 1, S. 88; Neumann zu § 283, Ziff. 2, S. 277.

A. Ansicht ist z. B. RGE., Bd. 61, S. 353. Sie will insbesondere die Behauptung, daß die Ersatzforderung in § 283 auf Geld gehe nur dann gelten lassen, wenn die Herbeiführung des entsprechenden Zustandes durch eine anderweitige Ersatzleistung nach Lage der Sache überhaupt ausgeschlossen ist, oder wenn die Ersatzleistung nichts anderes als wiederum die Erfüllung des Vertrages darstellen würde; (vgl. auch hierzu noch RGE., Bd. 73, S. 21).

[2]) Über die zu vertretenden Umstände geben die §§ 276 bis 279 BGB. näheren Aufschluß.

Das Unmöglichwerden der Leistung gemäß § 283 Abs. 1 S. 3 BGB. ist natürlich auf die Zeit vom Urteil bezw. von dem Schlusse der mündlichen Verhandlung, in welcher spätestens hätten Einwendungen geltend gemacht werden müssen bis zum Ablaufe der Frist zu beziehen. Denn durch das rechtskräftige Urteil ist die auf eine vor ihm eingetretene Unmöglichkeit gegründete Einwendung ausgeschlossen (§ 767 Abs. 2 CPO.), und anderseits kommt eine nach dem Ablaufe der Frist eingetretene, vom Schuldner nicht zu vertretende Unmöglichkeit deshalb nicht in Frage, da ja ohnehin schon der Anspruch auf Erfüllung in einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung übergegangen ist.[1])

Tritt also in dem genannten Zeitraume ein vom Schuldner nicht zu vertretender Umstand ein, so wird der Schuldner frei, vorausgesetzt ist dabei freilich, daß es sich um eine dauernde Unmöglichkeit handelt. Eine bloß vorübergehende, wenn auch unverschuldete Verhinderung des Schuldners, während des Laufes der Frist seiner Verbindlichkeit nachzukommen, befreit ihn nicht von der Verpflichtung, mit dem Ablaufe der Frist Schadensersatz zu leisten.[2])

Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist nur teilweise nicht bewirkt, so kann der Gläubiger:

---

[1]) vgl. Staudinger zu § 283, Ziff. 4, S. 168; Oertmann zu § 283, Ziff. 3, S. 129; Planck zu § 283, Ziff. 3, S. 88; Goldmann und Lilienthal zu § 283, in § 85, Anm. 45, S. 340.

[2]) vgl. Protokolle I, S. 322; Staudinger zu § 283, Ziff. 4, S. 168; Goldmann und Lilienthal zu § 283, Anm. 46, S. 340; Planck zu § 283, Ziff. 3, S. 88.

1. die teilweise Erfüllung behalten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur bezüglich des nicht bewirkten Teiles der Leistung verlangen;

2. ist jedoch gemäß § 280 Abs. 2 BGB., auf den der § 283 Abs. 2 ausdrücklich verweist, dem Gläubiger die Befugnis verliehen, diese Art der Befriedigung abzulehnen und gegen Rückgewähr des bereits empfangenen Teiles der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat, was von ihm zu beweisen ist.[1])

Die Rückerstattung der empfangenen Teilleistung erfolgt nach den Regeln über den Rücktritt (vgl. insbesondere § 354 BGB. und S. 57.)

2. Die Beweislast.

Bezüglich der Beweislast ist hervorzuheben, daß der Gläubiger, der den Schadensersatz aus § 283 BGB. beansprucht, nachweisen muß, daß die angemessene Frist fruchtlos verstrichen ist. Demgegenüber kann der Schuldner den Anspruch des Gläubigers durch den Nachweis abwenden, daß jener innerhalb der Frist geleistet hat oder daß die Leistung in dem Zeitraum von der rechtskräftigen Verurteilung ab (vgl. S. 61) bis zum Ablaufe der Frist infolge eines Umstandes unmöglich geworden ist, den jener nicht zu vertreten hat.

---

[1]) vgl. über den Interessewegfall die eingehenden Erörterungen bei Kisch S. 186 ff.

§ 10.

Die Wirkungen in § 326 BGB.

1. Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt vom Vertrage.

Die Bestimmung der Nachfrist hat in § 326 die Wirkung, daß sie von dem Gläubiger weder widerrufen noch auch abgeändert werden kann.[1])

Der Gläubiger ist daher verpflichtet, bis zum Ablaufe der von ihm gesetzten Frist die Leistung anzunehmen und der Schuldner anderseits berechtigt, bis zu diesem Zeitpunkte die Leistung zu bewirken.

Nach dem fruchtlosen Ablaufe der Frist sind in § 326 BGB. die Wirkungen dahin normiert, daß der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder aber vom Vertrage zurücktreten kann. Anderseits verliert der Gläubiger mit dem Eintritt dieses Zeitpunktes aber auch das Recht, Erfüllung zu fordern. Auch der Schuldner kann sich durch Erfüllung nicht mehr befreien.[2])

Selbstverständlich erlischt für den Gläubiger mit dem Anspruch auf Erfüllung auch ein etwaiger Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung, weil dieser nur als Annex des Erfüllungsanspruchs

[1]) Dieser Ansicht Cosack in § 123, Ziff. 2, c, ε und ζ, gegen Oertmann, der die Abänderung der Frist grundsätzlich für zulässig hält, es sei denn, sie geschähe aus bloßer Chikane. Vgl. daselbst zu § 326, Ziff. 2, e, S. 203; gl. Ansicht wie er auch Staudinger zu § 326, Ziff. 2, f, S. 268.

[2]) vgl. Planck zu § 326, Ziff. 2, e, S. 159; Staudinger zu § 326, Ziff. 3, a, S. 268; Goldmann und Lilienthal zu § 326, in § 98, Ziff. 2, b, α, S. 383.

erhoben werden kann. Zwischen den erwähnten Rechten des § 326 BGB. hat der Gläubiger die freie Wahl. Sie ist an keine Frist gebunden. Nebeneinander können die Rechte natürlich nicht ausgeübt werden. Zutreffend wird man hier mit Oertmann einen Fall der facultas alternativa mit Wahlrecht des Gläubigers annehmen dürfen.[1])

Eine bestimmte Form ist für die Erklärung der Wahl vom Gesetze nicht vorgeschrieben. Es dürften indes die Vorschriften über empfangsbedürftige Willenserklärungen (vgl. die §§ 130 ff. BGB.) in Anwendung zu bringen sein.[2])

Auf jeden Fall muß die getroffene Wahl frei sein von jeglicher Zweideutigkeit und Unbestimmtheit. Deshalb genügt es z. B. nicht, wenn die Erklärung des Gläubigers nur die Androhung enthält, daß er sich künftig für das eine oder andere ihm zustehende Recht entscheiden werde.

Hat dagegen der Gläubiger sich einmal in einer für ihn verbindlichen Form für eins der beiden Rechte aus § 326 BGB. entschieden, so liegt die Frage nahe, ob er von der getroffenen Wahl wieder abgehen und nunmehr das andere Recht geltend machen kann? In dieser Hinsicht wird ganz allgemein in der Theorie anerkannt, daß die einmal erklärte Ausübung des Rücktrittsrechtes das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zum Erlöschen bringe. Das sei eine

---

[1]) vgl. Oertmann zu § 325, Ziff. 2, S. 198.

[2]) vgl. Kisch S. 157.

ganz natürliche, im Wesen des Rücktritts als unwiderruflich begründete Folge.[1])

Dieser Ansicht ist beizutreten.

Zweifelhaft ist indessen, ob durch die Erklärung des Gläubigers, von seinem Rechte auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung Gebrauch machen zu wollen, die nachträgliche Geltendmachung des Rücktrittsrechtes ausgeschlossen wird. Man wird indes in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre diese Frage verneinen müssen, weil die Wahl des Ersatzanspruches in § 326 gegenüber dem Rücktrittsrechte als das Mehr erscheint, das er immer noch zugunsten des Weniger fallen lassen kann.[2])

Verhält sich der Gläubiger nach Ablauf der Frist passiv oder zögert er mit der Vornahme der Wahl, so ist der Schuldner seinerseits wieder berechtigt, um sich Gewißheit zu verschaffen, ob der Gläubiger

---

[1]) vgl. Oertmann zu § 325, Ziff. 2, a, S. 198 und die dort angegebene Literatur; auch Staudinger zu § 325, Ziff. 3, S. 262; Planck zu § 325, Anm. 2, S. 152.

[2]) vgl. hierzu Oertmann zu § 325, Ziff. 2, b, S. 198; Planck zu § 325, Ziff. 2, S. 152/153; Titze S. 192.

A. Ansicht Kisch S. 159, der auch für diesen Fall dem Gläubiger das Recht abspricht, falls er sich für Schadensersatz wegen Nichterfüllung entschieden hat, nachträglich zum Rücktritt überzugehen, weil die Widerruflichkeit der Wahl geeignet sei, die Lage des Schuldners übermäßig zu erschweren.

A. Ansicht wie die hier vertretene auch Goldmann und Lilienthal zu § 326, in § 98, Ziff. 2, b, β, S. 384.

Einen vermittelnderen Standpunkt nimmt Staudinger zu § 325, Ziff. 3, S. 262 ein. Er will in diesem Falle die Grundsätze über Treu und Glauben entscheiden lassen.

Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt will, diesen zu einer Entscheidung zu drängen. Das erreicht der Schuldner dadurch, daß er dem Gläubiger in Gemäßheit des § 355 BGB. eine Frist bestimmt. Das Rücktrittsrecht erlischt dann, wenn nicht der Rücktritt vor dem Ablaufe der Frist erklärt wird. Es bleibt dem Gläubiger dann nur noch das Recht, von dem Schuldner Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Was hierunter zu verstehen ist, geht aus dem Gesetze wiederum nicht hervor. Es hat sich infolgedessen an die Frage ein großer Streit geknüpft. Insbesondere sind es zwei Theorien, die miteinander um den Vorrang kämpfen. Nach der sogenannten Differenztheorie wird davon ausgegangen, daß nach dem fruchtlosen Ablaufe der Frist der ganze gegenseitige Vertrag als nicht erfüllt anzusehen sei und der Schadensersatzanspruch an die Stelle der beiderseitigen ursprünglichen Leistungen trete, derart, daß sowohl die Verpflichtung zur Leistung wie auch zur Gegenleistung aufgehoben sei. Ein derartiger Schluß könne z. B. aus dem § 326 Abs. 1 BGB. selbst gezogen werden, der ausdrücklich besage, der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Dieses aber sei nur dahin zu verstehen, daß die beiderseitige Erfüllung, also die Verpflichtung zur Leistung und Gegenleistung in Fortfall komme.

Demnach bestehe der zu ersetzende Schaden in der Differenz zwischen dem Vermögensstande des anderen Teiles, der sich aus der Vergleichung des Zustandes, der bei ordnungsmäßiger beiderseitiger Erfüllung des Vertrages eingetreten sein würde, mit

dem Zustande ergebe, der infolge beiderseitiger Nichterfüllung eingetreten sei.[1])

Die andere Theorie, die man als Austausch- oder Surrogationstheorie bezeichnet, geht dahin, daß der nichtsäumige Teil sein Interesse (Schadensersatz wegen Nichterfüllung) nur gegen Leistung dessen fordern könne, was er selbst nach dem Vertrage zu leisten habe. Begründet wird diese Ansicht damit, daß derjenige, der Schadensersatz verlange, nur eine besondere Art der Erfüllung begehre, die ihn von der vertragsmäßigen Gegenleistung unter keinen Umständen entbinde. Mit anderen Worten, der Schadensersatz trete an die Stelle der von dem Säumigen ursprünglich geschuldeten Leistung.

Dieser letzteren Ansicht ist mit Planck und Oertmann und anderen der Vorzug zu geben.[2])

Unter Berücksichtigung des Umstandes, daß das Gesetz in § 326 BGB. grundsätzlich an der Selbstständigkeit der beiderseitigen Verpflichtungen festhält, bedeutet Schadensersatz wegen Nichterfüllung nichts anderes, als Ersatz für den Schaden, den der Gläubiger durch die Nichtbewirkung der Leistung seitens des Schuldners erlitten hat. Dieser Ersatz

---

[1]) Diese Ansicht wird beispielsweise vertreten durch Staudinger zu den §§ 323 bis 327 (Vorbem.), unter IV, Ziffer 2, C, S. 249; Goldmann und Lilienthal zu § 325, in § 97, Ziff. 2, Anm. 13, S. 377. Vgl. im übrigen die bei Oertmann zu § 325 Citierten (Anm. 1, b, α, S. 165.). Für die Differenztheorie hat sich auch das Reichsgericht entschieden (vgl. z. B. RGE., Bd. 50, S. 202 ff., Bd. 66, S. 87.)

[2]) vgl. Planck zu § 325, Ziff. 1, a, S. 150; Oertmann zu § 325, 1, b, δ, S. 196; Paech S. 165; Titze S. 183 ff.; Kisch S. 96 ff., S. 132 ff.

tritt an die Stelle der Leistung, seinerseits aber bleibt der Gläubiger zu der ihm obliegenden Gegenleistung verpflichtet. Daran ändert die Wahl des Ausdrucks in § 326: „Schadensersatz wegen Nichterfüllung", oder „Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen", in keiner Weise etwas. Für die Behauptung der Gegner der hier vertretenen Ansicht, daß die genannte Ausdrucksweise des § 326 BGB. den Schluß zulasse, der ganze Vertrag sei als aufgehoben zu betrachten und hierfür sei Schadensersatz zu leisten, bietet das Gesetz selbst jedenfalls keinen Anlaß.

Zu berücksichtigen ist ferner, daß bei einer Beschränkung des Gläubigers lediglich auf die Wertdifferenz zwischen den beiderseitigen Leistungen dieser unter Umständen schwer geschädigt würde, wenn man berücksichtigt, daß die ihm obliegende Leistung möglicherweise für ihn nur noch geringen Wert besitzt.[1])

Auf eine eingehende Erörterung der hier angeschnittenen Frage muß an dieser Stelle verzichtet werden.[2])

Der Schadensersatz selbst ist in Geld zu leisten und kann in verschiedener Weise berechnet werden, z. B. nach der sogenannten abstrakten Methode derart, daß z. B. beim Hauptanwendungsfalle des § 326, dem Kaufe, der Verkäufer Erstattung des

---

[1]) vgl. auch Planck zu § 325, Ziff. 1, a, S. 151; Oertmann zu § 325, Ziff. 1, c, α—ζ, S. 197/198.

[2]) vgl. dieserhalb das Nähere bei Oertmann zu § 325, Ziff. 1, b, δ—1, c, α—ζ, S. 196—198 und den dort Citierten.

Unterschieds zwischen dem Selbstkostenpreise und dem vereinbarten höheren Kaufpreise, oder aber auch des Unterschieds zwischen dem letzteren und dem niedrigeren Markt- oder Börsenpreise zur Zeit und am Orte der geschuldeten Leistung verlangen kann.[1])

Der Gläubiger kann ferner in konkreter Weise seinen Schadensersatzanspruch berechnen, indem er unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles den ihm erwachsenen Schaden darlegt.

Zwecks Feststellung des Schadens kann der Gläubiger die an sich zulässigen Beweismittel in Anspruch nehmen, nur darf er dabei nicht weiter gehen, als es sich mit den Grundsätzen von Treu und Glauben und der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbaren läßt. Dem Schutze des Schadensersatzpflichtigen dient in dieser Beziehung der § 254 BGB., wonach der berechtigte Teil insbesondere auch zu angemessenem Verhalten hinsichtlich der Vornahme oder Unterlassung eines Deckungskaufes, d. h. also eines Kaufes, den der Gläubiger im Hinblick auf den Erfüllungsverzug des Schuldners abschliesst und der den Ersatz für die von ihm nicht gewährte Leistung darstellt, verpflichtet ist.[2])

Der maßgebliche Zeitpunkt für die Schadens-

---

[1]) vgl. Staudinger zu § 326, unter VI, S. 271; Oertmann zu § 326, Ziff. 5, S. 207; Goldmann und Lilienthal zu § 326, in § 98, Ziff. 2, b, γ, S. 384.

[2]) Staudinger zu § 326, unter VI, S, 271 und die dort von ihm bezeichneten Entscheidungen des Reichsgerichts; s. auch Oertmann zu § 326, Ziff. 5, S. 207.

berechnung ist auf der Grundlage der aus dem Vertrage sich ergebenden Leistungsbestimmungen zu ermitteln, wird also regelmäßig der Eintritt des Verzuges oder der Ablauf der gesetzten Frist sein.[1])

Das andere, dem Gläubiger nach dem fruchtlosen Fristablaufe in § 326 gewährte Recht, besteht darin, daß ersterer vom Vertrage zurücktreten kann. Der Rücktritt selbst erfolgt durch Erklärung gegenüber dem säumigen Teile. Diese ist ein einseitiges, an keine Form gebundenes empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, auf das die Vorschriften der §§ 130 bis 132 BGB. Anwendung finden. Die Rücktrittserklärung darf nicht mit einer Bedingung verknüpft werden.[2])

Im übrigen bestimmen sich die Wirkungen der ordnungsmäßig erfolgten Rücktrittserklärung in Gemäßheit des § 327 BGB. nach den für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—354 BGB.

Hierzu sei nur kurz erwähnt, daß infolge der Rücktrittserklärung das gesamte ursprüngliche Schuldverhältnis mit der Wirkung ex tunc zum Erlöschen gebracht und an dessen Stelle ein ganz neues begründet wird, nach welchem die Parteien sich gegenseitig in eine Lage zu versetzen haben, als wenn

---

[1]) vgl. hierzu RGE., Bd. 57, S. 114, (Jur. Wochenschrift, 1904, S. 171); RGE., Jur. Wochenschrift, 1900, S. 255[10]; RGE., Bd. 60, S. 346, (Jur. Wochenschrift, 1905, S. 338.)

[2]) Gl. Ansicht Staudinger zu § 327, unter II, S. 273; Planck zu § 327, Ziff. 1, S. 162.

And. Ansicht Oertmann zu § 349, Ziff. 3, S. 239 Titze S. 369.

überhaupt niemals ein Vertrag geschlossen worden wäre (vgl. § 346 BGB.).[1])

Die Rückgewähr erfolgt in dem Falle des § 326 BGB. in vollem Umfange und nicht nur nach Maßgabe der Bestimmungen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, und zwar deshalb, weil in § 326 die in § 327 S. 2 BGB. erwähnte Ausnahme nicht vorliegt, da dort der Schuldner den Leistungsverzug stets zu vertreten hat.

Die im § 326 normierten Wirkungen treten trotz des Ablaufs der gesetzten Frist zugunsten des Gläubigers nicht ein, wenn die dem Schuldner obliegende Leistung vor Fristablauf aus einem Grunde unmöglich geworden ist, den der Schuldner nach § 287 BGB. trotz des Verzuges nicht zu vertreten oder aber der Gläubiger selbst zu vertreten hat. In diesem Falle finden die §§ 323, 324 BGB. Anwendung.[2])

Wenn der Schuldner bis zum Ablaufe der ihm zur Bewirkung der Leistung bestimmten Frist die Leistung nur teilweise nicht bewirkt hat, so kann der Gläubiger:

1. die empfangene Teilleistung behalten und das bei der Fristbestimmung gestellte Präjudiz nur für die restierende Leistung eintreten lassen, d. h. sie ablehnen und in Anbetracht ihrer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten.

---

[1]) Gl. Ansicht Oertmann Vorbemerk. zu den §§ 346 ff., Ziff. 2, a, S. 235; Staudinger zu § 346, unter II, Ziff. a und b, S. 317/318.

[2]) vgl. Planck zu § 326, Ziff. 2, e, S. 159; Staudinger zu § 326, Ziff. 3, a, S. 268.

2. kann der Gläubiger nicht nur in Ansehung der restlichen Teilleistung, sondern auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen oder vom ganzen Vertrage zurücktreten, wenn er nachweisen kann, daß die teilweise Erfüllung fü ihn kein Interesse hat. Dies ergibt sich aus § 326 Abs. 1 S. 3 BGB., der auf den § 325 Abs. 1 S. 2 BGB. verweist.

Kann der Gläubiger für den Wegfall des Interesses den Nachweis nicht erbringen, so beschränkt sich sein Schadensersatzanspruch bezw. sein Rücktrittsrecht auf den nach Ablauf der Frist noch restierenden Teil der Leistung.[1])

2. Die Beweislast.

Was die Beweislast in § 326 BGB. anbetrifft, so hat der Gläubiger den Ablauf der Frist, nötigenfalls auch deren Angemessenheit zu beweisen, dagegen steht dem Schuldner der Beweis offen, daß er innerhalb der Frist die Leistung bewirkt hat, bezw. daß die ihm obliegende Leistung vor Ablauf der Frist

---

[1]) So auch Staudinger zu § 326, Ziff. 3, b, β, S. 269; Planck zu § 326, Ziff. 3, S. 159; Oertmann zu § 326, Ziff. 3, S. 203.

A. Ansicht Romeick: Fristbestimmung, S. 26 ff. und in der „Deutschen Jurist. Zeitg.", 1901, S. 493 ff., demzufolge in diesem Falle der Gläubiger berechtigt sein soll, bezüglich des restierenden Teiles nochmals eine Frist mit der Wirkung zu setzen, daß nach ihrem ungenutzten Ablaufe der Interessewegfallbeweis als erbracht anzusehen und der Gläubiger sodann Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages fordern oder vom ganzen Vertrage zurücktreten könne.

aus einem Grunde unmöglich geworden ist, den entweder der Gläubiger zu vertreten hat, oder aber, den er — Schuldner — in Gemäßheit des § 287 BGB. trotz des Verzuges nicht zu vertreten hat.[1])

§ 11.
Die Wirkungen in § 634 BGB.

1. Der Anspruch auf Beseitigung des Mangels ist ausgeschlossen. Rückgängigmachung des Vertrages (Wandelung) oder Herabsetzung der Vergütung (Minderung).

Die Bestimmung der Frist in § 634 BGB. hat hier ebenfalls zur Folge, daß der Besteller daran gebunden ist. Er ist verpflichtet, bis zum Ablaufe der Frist die Beseitigung des Mangels sich gefallen zu lassen. Anderseits ist natürlich auch der Unternehmer bis zu diesem Zeitpunkte zur Abstellung des Mangels berechtigt.

Nach dem fruchtlosen Ablaufe der Frist ist der Beseitigungsanspruch für beide Teile ausgeschlossen. An seiner Stelle erhält der Besteller nunmehr das Recht, die Rückgängigmachung des Vertrages (Wandelung) oder Herabsetzung der Vergütung (Minderung) zu verlangen.

Große Meinungsverschiedenheiten sind nun in der Theorie darüber entstanden, was unter dem Anspruch auf Wandelung oder Minderung zu

---

[1]) Siehe S. 71.

verstehen ist, bezw. worauf dieser Anspruch gerichtet ist.[1])

An dieser Stelle seien nur zwei Meinungen beleuchtet und zwar der Einfachheit wegen nur bezüglich der Wandelung. Das für sie Gesagte ist für die Minderung überall entsprechend zu übertragen. Die am weitesten verbreitete Theorie ist die sogenannte Vertragstheorie. Danach ist zum Vollzug der Wandelung der Abschluß eines Wandelungsvertrages notwendig. Der Anspruch des Bestellers auf Wandelung in § 634 BGB. stellt sich somit dar als das Recht, von dem Unternehmer die zu diesem Vertragsschluß erforderliche Einwilligungserteilung zu verlangen. Durch diesen neuen Vertragsschluß wird der alte Vertrag aufgelöst und auf Grund des ersteren kann nunmehr der Besteller die aus der Wandelung fließenden Rechte geltend machen.[2])

Die zweite Theorie geht dahin, daß der Wandelungsanspruch direkt auf tatsächliche Rückgängigmachung der vollzogenen Leistungen gehe, indem die Wandelungserklärung unmittelbar die an die Wandelung sich knüpfenden Rechte und Pflichten der Parteien erzeuge, ohne daß ein an die erstere sich

---

[1]) vgl. über die einzelnen Theorien und ihre Vertreter die eingehenden Erörterungen bei Oertmann zu § 465, Ziff. 1, S. 438 ff.

[2]) Dieser Ansicht Oertmann zu § 465, Ziff. 1, c, S. 439; Goldmann und Lilienthal in § 135, Ziff. 4, S. 498; Eck und Leonhard I. Bd., 2. Buch, in § 85, S. 521; Cosack in § 127, unter III, 1, b, α, S. 519; Planck zu § 462, Ziff. 3, a, a. E., S. 369; auch Dernburg II. Bd., 2. Abt., in § 186, Ziff. V, S. 58/59, jedoch unter großen Einschränkungen.

anschließendes Rechtsgeschäft erforderlich sei. Diese Ansicht bezeichnet man als Restitutionstheorie.[1])

Der Vertragstheorie ist beizutreten. Die Entscheidung zu ihren Gunsten beruht insbesondere auf dem § 465 BGB., der in Gemäßheit des § 634 Abs. 4 BGB. für die Wandelung und Minderung in Anwendung zu bringen ist. Ersterer aber sagt ausdrücklich: „Die Wandelung oder die Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer (der Unternehmer) auf Verlangen des Käufers (des Bestellers) mit ihr einverstanden erklärt".

Aber auch der § 634 BGB. selbst spricht für die Vertragstheorie. Seinem Wortlaute nach bedeutet Wandelung Rückgängigmachung des Vertrages, Minderung Preisherabsetzung. Nimmt man nun mit der Restitutionstheorie an, daß Wandelung mit tatsächlicher Rückgewähr identisch ist, so muß notgedrungen nach ihr die Minderung mit teilweiser tatsächlicher Rückgewähr identisch sein. Dieses letztere trifft aber bestimmt nicht zu, denn der § 634 spricht nicht von dem tatsächlichen Akte der teilweisen Rückerstattung der Vergütung, sondern von dem rechnerisch juristischen der Herabsetzung derselben.[2])

Weil somit weder die Wandelung noch die Minderung durch eine einseitige Erklärung des Bestel-

---

[1]) vgl. hierüber die Erörterungen bei Planck zu § 462, Ziff. 3, a, S. 367; auch Oertmann zu § 465, Ziff. 1, b, S. 438, der an dieser Stelle zugleich auch die Vertreter dieser Ansicht citiert.

[2]) vgl. hierzu Oertmann zu § 465, Ziff. 1, c, α, S. 439, sowie die dort angegebene anderweitige Begründung zugunsten der Vertragstheorie.

lers herbeigeführt werden kann, so erlischt sein Wahlrecht demnach auch nicht eher, als bis die Wandelung oder Minderung im Sinne des § 465 BGB. als vollzogen gilt. Bis dahin kann der Besteller von der getroffenen Wahl nach Belieben wieder abgehen, d. h. anstatt der erklärten Wandelung noch Minderung und umgekehrt verlangen.

Die Zulässigkeit einer Änderung der Entscheidung seitens des Bestellers entspricht auch durchaus der Billigkeit, wenn in der Person des Unternehmers nach Abgabe der Erklärung sich die Umstände, was ja zu leicht möglich ist, geändert haben, man denke z. B. an den Konkurs beim Unternehmer.[1])

Die Einwendung, daß infolge des abänderlichen Wahlrechts des Bestellers bis zum Vollzug im Sinne des § 465 BGB. dieser die Möglichkeit habe, die definitive Entscheidung zu verzögern und somit auf Kosten des Unternehmers zu spekulieren, dürfte nicht durchschlagen. Denn in dieser Hinsicht bietet der § 466 BGB. dem Unternehmer ein wirksames Schutzmittel. Dieser gestattet ihm nämlich, den Besteller unter dem Erbieten zur Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber aufzufordern und sich selbst Gewißheit zu verschaffen, ob der Besteller sich für Wandelung oder Minderung entscheide. Nach dem fruchtlosen Ablaufe der Frist ist dann das Recht auf Wandelung für den Besteller ein für alle Mal erloschen, und er ist nunmehr auf seine anderen Rechte, insbesondere auf

[1]) vgl. die Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, S. 62.

die Preisminderung beschränkt (vgl. § 634 Abs. 4 in Verbindung mit § 466 BGB.).[1])

Nach dem Vollzug des einen Rechtes in § 634 wird das andere beseitigt. Das ergibt sich aus dem daselbst normierten alternativen (Wandelung oder Minderung) nicht kumulativen Verhältnis.

Weigert sich der verpflichtete Unternehmer, seine Einwilligung zu dem Wandelungs- oder Minderungsvertrage zu erteilen, so bleibt dem Besteller nichts anderes übrig, als entsprechende Klage darauf zu erheben. Das erwirkte rechtskräftige Urteil ersetzt dann gemäß § 894 CPO. die fehlende Zustimmungserklärung des Unternehmers.[2])

Hatte der Besteller vor der Wandelung bereits geleistet, so kann er in der Klage mit dem Anspruch auf Einwilligung in die Wandelung zugleich den Rückerstattungsanspruch verbinden.[3])

Dagegen dürfte eine alternative Klage auf Wandelung oder Minderung, weil mit dem Erfordernis

---

[1]) Auch aus der Fassung des § 466 BGB., der hier in Anwendung gebracht werden kann, bestätigt sich die eingangs bei § 634 vertretene Vertragstheorie. Wenn nämlich die Wandelung, wie der Rücktritt vom Vertrage, durch eine einseitige Erklärung des Bestellers wirksam würde, dann läge keine Veranlassung vor, daß sich dann der Unternehmer bei Fristsetzung seinerseits zur Wandelung erbieten müßte (vgl. auch Titze S. 281.)

[2]) S. Cosack in § 127, unter III, Ziff. 1, b, α, S. 519; Oertmann zu § 465, Ziff. 1, d, S. 440; Dernburg II. Bd., 2. Abt., in § 185, unter V, S. 57.

[3]) So auch Oertmann zu § 465, Ziff. 1, d, S. 440; dsgl. Planck zu § 462, Ziff. 3, a, a. E., S. 369; vgl. auch Dernburg II. Bd., 2. Abt., in § 185, unter V, Anm. 13, S. 58.

eines bestimmten Klageantrages (vgl. § 253 Abs. 2 Ziff. 2 CPO.) in Widerspruch stehend, als unzulässig zu verwerfen sein, falls man nicht etwa die zweite Alternative als eventuellen Antrag aufzufassen geneigt ist, wenn der erstere versagen sollte.[1])

Im einzelnen regeln sich die Verbindlichkeiten des Bestellers und des Unternehmers nach Vollzug der Wandelung oder Minderung nach Maßgabe der für den Kauf geltenden Vorschriften der §§ 465—467, 469—475 BGB. (vgl. § 634 Abs. 4 BGB.). Zum Teil ist ihrer bereits Erwähnung geschehen (vergl. S. 75, 76, 77). Hervorgehoben sei noch mal, daß jedesmal an die Stelle des Verkäufers der Unternehmer, an die Stelle des Käufers der Besteller tritt. Da im übrigen die Anwendung der Regeln über den Kauf weiter keine Schwierigkeiten bietet und auch zu keinen Streitfragen Anlaß gegeben hat, kann von einer näheren Erörterung derselben hier abgesehen werden.

Allerdings trifft das Vorerwähnte insoweit nicht zu, als es sich um den Zeitpunkt bei der für die Minderung erforderlichen Schätzung handelt. Hierüber herrscht in der Literatur große Uneinigkeit. Bezüglich des Werkvertrages kann in Frage kommen zunächst die Zeit seines Abschlusses.[2])

---

[1]) Dieser Ansicht ebenfalls Planck zu § 465, Ziff. 2, a, β, a. E., S. 374; Oertmann zu § 465, Ziff. 1, d, S. 441; Dernburg II. Bd., 2. Abt., in § 185, unter V, Anm. 9, S. 57.

[2]) So z. B. Goldmann und Lilienthal in § 174, Ziff. 6, S. 651; Planck zu § 634, Ziff. 4, S. 601; Kisch S. 173.

Dernburg will die Zeit der Ablieferung des Werkes entscheiden lassen.[1])

Oertmann will die Zeit der Herstellung des Werkes bezw. die Zeit, wo es ohne den Mangel hätte abgenommen werden müssen, zu Grunde legen.[2])

Dieser letzteren Ansicht ist zuzustimmen, denn beiden Teilen kann es nur darauf ankommen, daß das Werk zur Zeit der Verpflichtung des Bestellers zur Abnahme vertragsmäßige Eigenschaften hat, zumal ja zur Zeit des Vertragsabschlusses das mangelhafte Werk noch nicht vorliegt.[3])

Trotz erfolgter Fristbestimmung ist der Anspruch auf Wandelung im Hinblick auf die eingreifenden Folgen dem Besteller für alle Fälle dann versagt, wenn der Wert oder die Tauglichkeit des Werkes nur in unerheblicher Weise beeinträchtigt ist (§ 634 Abs. 3 BGB.).

Darunter sind nur wirkliche Mängel zu verstehen. Der Mangel einer zugesicherten Eigenschaft schließt, auch wenn dies als unerheblich erscheint, den Wandelungsanspruch nicht aus.[4])

Den Beweis der Unerheblichkeit hat der Unternehmer zu führen; gelingt er, so bleibt dem Besteller nur das Recht auf Minderung.

---

[1]) vgl. Dernburg II. Bd., 2. Abt., in § 320, unter III, Ziff. 1, S. 439.

[2]) vgl. Oertmann zu § 634, Ziff. 4, b, S. 724.

[3]) So auch Staudinger zu § 634, Ziff. 3, a, S. 1096.

[4]) So auch Oertmann zu § 634, Ziff. 5, S. 725; Planck zu § 634, Ziff. 3, S. 600; Staudinger zu § 634, Ziff. 4, b, S. 1097.

2. Die Beweislast.

Die Beweislast ist im übrigen in § 634 BGB. dahin geregelt, daß der Besteller den Ablauf der gesetzten Frist darzutun hat. Hiergegen kann der Unternehmer seinerseits beweisen, daß er innerhalb der Frist den Mangel beseitigt hat.

§ 12.
Schluß.

Der Umstand, daß nach dem ungenutzten Ablaufe der Frist in § 250 BGB. der Anspruch auf Herstellung, in den §§ 283, 326 der Anspruch auf Erfüllung, in § 634 BGB. der Anspruch auf Beseitigung des Mangels für beide Teile, den Gläubiger sowohl wie den Schuldner, ein für alle mal ausgeschlossen ist, ganz gleichgültig, ob der Schuldner die ursprünglich von ihm geschuldete Leistung noch bewirken kann oder nicht, hat dazu geführt, in den angeführten Fällen von einer fingierten Unmöglichkeit der ursprünglich geschuldeten Leistung, als eines kurzen aber bezeichnenden Schlagwortes zu sprechen.[1])

---

[1]) vgl. insbesondere hierzu Oertmann zu § 250, Ziff. 4, S. 45/46, zu § 283, Ziff. 3, S. 129, zu § 326, Ziff. 3, S. 203, zu § 634, Ziff. 6, S. 725; beispielsweise seien ferner angeführt Haidlen: Bürg. Gesetzbuch, I. Bd., zu § 283, S. 346; Kuhlenbeck I. Bd., zu § 283, Ziff. 6, S. 198; vgl. weiter die Motive II zum Entwurfe eines BGB., S. 53/54, wo es heißt mit Bezug auf den § 243 (jetzigen § 283 BGB.): „Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist tritt zu Gunsten des Gläubigers gewissermaßen die Fiktion ein, die Leistung sei aus einem von dem Schulder zu vertretenden Umstande unmöglich geworden, worauf sich der Gläubiger sein Interesse wegen Nichterfüllung fordern kann“ und weiter: „Der Gläubiger ist befugt, diesen

Gegen den Begriff der fingierten Unmöglichkeit der Leistung in dem eingangs erwähnten Sinne, wendet sich mit beachtlicher, aber zu der fast praktischen Bedeutungslosigkeit des obigen Begriffes in keinem Verhältnis stehender Schärfe Romeick.[1])

Romeick behauptet nämlich, der Gedanke der fiktiven Unmöglichkeit, der sich aus dem Gebrauche dieses Ausdrucks in den Motiven (vgl. d. Anmerk. S. 80 u. 81) heraus entwickelt habe, als einer das Wesen der Fristbestimmung beleuchtenden Rechtskategorie, sei durchaus irrig. Vielmehr stelle die Fristbestimmung sich dar als eine das Interesse des Gläubigers fixierende Rechtserklärung, derart, daß aus dem fruchtlosen Fristablaufe sich das Recht des Gläubigers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder auf Rücktritt (vgl. § 326 BGB.) ebenso ableite, wie aus dem geführten Interessewegfallbeweise. Der Gebrauch der Worte Fiktion der Unmöglichkeit seitens der Motive sei kein Argument gegen die von ihm (Romeick) vertretene Ansicht. Denn die Absicht der Motive sei lediglich dahin gegangen, eine Verweisung auf den Rechtssatz betreffend die Folge der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung zu geben (vgl. I. Entwurf zum BGB. zu § 240, dem jetzigen § 280 BGB.). Der Fall des fruchtlosen Fristablaufs sei nichts

---

Weg des § 243 (jetzt also § 283 BGB.), — der Fiktion der Unmöglichkeit —, auch bei vorliegender Unmgölichkeit zu beschreiten, was für ihn von praktischer Wichtigkeit sein kann".

[1]) vgl. Romeick: Zur Technik des BGB., Fristbestimmung, Heft 1, S. 23 ff.; ferner sein Aufsatz in der „Deutsch. Jur.-Ztg.", 6. Jahrg., 1901, Nr. 22, S. 493, der insbesondere den § 326 BGB. behandelt.

anderes als eine Erweiterunng der Rechtssätze über die Zulässigkeit des Schadensersatzverlangens; fingiert werde dabei rein gar nichts.

Diese Argumentation Romeick's ist auf alle Fälle insoweit unrichtig, als er behauptet, es könne hierbei von einer Fiktion in keiner Hinsicht die Rede sein. Sagt er doch selbst, daß nach dem fruchtlosen Ablaufe der Frist als bewiesen gelte, daß der Gläubiger an der Leistung kein Interesse mehr habe. Das ist aber nichts anderes als eine Fiktion, wenn auch nicht der Unmöglichkeit, so doch eben des von Romeick aufgestellten mangelnden Gläubigerinteresses.

Im folgenden soll nun erörtert werden, unter welchen Voraussetzungen von der Annahme (Fiktion) des mangelnden Gläubigerinteresses gesprochen werden könnte.

In erster Linie sei hierbei des § 283 Abs. 1 S. 3 des BGB. Erwähnung getan, den Romeick insbesondere zur Verteidigung seiner Ansicht heranzieht. Es heißt in der angegebenen Stelle dieses Paragraphen: „Die Verpflichtung zum Schadensersatze tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat." Nach Romeick's Behauptung ist gerade hierin die Entscheidung zu erblicken, daß die Fristbestimmung es mit dem Mangel des Gläubigerinteresses zu tun habe, denn wenn die Wirkung des ungenutzten Fristablaufs gerade in der Fiktion einer vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit bestehen würde, dann sei die Bestimmung des § 283 Abs. 1 S. 3 BGB. ein Ding der Unmöglichkeit und nicht nötig.

In dieser Beziehung kann Romeick nicht beigetreten werden. In der obigen Gesetzesbestimmung handelt es sich um solche Fälle, in denen noch kein Verzug eingetreten ist, obwohl ein rechtskräftiges Urteil bereits vorliegt.[1])

Denn bei Vorhandensein von Verzug würde die Norm des § 283 Abs. 1 S. 3 BGB. zu einer juristischen Unmöglichkeit gehören, falls nicht nur an den äußerst selten vorkommenden Fall zu denken wäre, daß trotz des Verzuges der Schuldner für die durch Zufall eingetretene Unmöglichkeit nicht verantwortlich gemacht werden könnte, weil der Zufall auch beim Gläubiger wirksam gewesen wäre (vgl. § 287 BGB.).

Wenn nun aber kein Verzug vorliegt, so kann auch noch keine Rede davon sein, daß dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben sei, durch die Fristbestimmung seinen Mangel am Erfüllungsinteresse dem Schuldner gegenüber derart zu präzisieren, daß nach dem fruchtlosen Ablaufe der Frist der Interessewegfall an der Leistung seitens des Gläubigers als bewiesen gelte.

Dies ist vielmehr erst dann anzunehmen, wenn der Verzug vorliegt. Ganz im Einklang hiermit steht auch das sonst hinsichtlich des Mangels des Erfüllungsinteresses im System des bürgerlichen Gesetzbuches beobachtete Prinzip (vgl. die §§ 284 ff. und den § 326 BGB.).

---

[1]) vgl. hierzu die Fälle, in denen auf eine künftig fällig werdende Leistung geklagt worden ist (§§ 257—259 CPO.); vgl. auch Crome Bd. II, Ziff. 2, S. 131; Goldmann und Lilienthal in § 85, unter VI, a. E., S. 340.

In den ersteren ist von einem Mangel des Erfüllungsinteresses, der bereits vor dem Verzuge durch den Gläubiger bindend festgelegt werden könnte, keine Rede, und in § 326 ist der Verzug Voraussetzung für den von dem Gläubiger zu erbringenden Nachweis des mangelnden Interesses (§ 326 Abs. 2).

Was die §§ 250 und 634 BGB. anbetrifft, so ist auch hier nicht der Verzug Voraussetzung für die Fristbestimmung. Demnach könnte an und für sich wieder nur in den Verzugsfällen der genannten Paragraphen die Ansicht Romeick's als richtig befunden werden. Zu Gunsten Romeick's ließe sich in erster Linie der § 326 BGB. anführen, da bei ihm für die Fristbestimmung das Vorliegen von Verzug Bedingung ist. Mit Rücksicht darauf jedoch, daß die Theorie Romeick's nicht einheitlich, sondern nur in beschränktem Maße sicher funktioniert, wird man sie als brauchbare nicht anerkennen können. Jedenfalls aber liegt kein Grund vor, der Ausdrucksweise, es werde nach dem ungenutzten Fristablaufe in den §§ 250, 283, 326 und 634 BGB. eine Unmöglichkeit der ursprünglich geschuldeten Leistung fingiert, die Berechtigung abzusprechen.